PAS

Meine Verlobung mit Fräulein Helene Bruns, Tochter des Herrn Professor Bruns in Berlin, beehrt sich hiermit ergebenst anzuzeigen.

Berlin d. 14. März 1864.

Dr. Hermann Witte
ordentl. Professor in Greifswald.

Mit herzlichem Gruß u. besten Dank für Ihre freundliche [illegible] [illegible]. [illegible] [illegible] [illegible] von Schaller [illegible] eine Anzeige Ihre [illegible] von Dernburg. Zarncke hat mir auf d. Frage, ob Sie [illegible] [illegible] [illegible], bald [illegible] [illegible] noch nicht geantwortet. Sobald ich [illegible], schreibe ich Ihnen noch einmal. Meine besten Grüße an [illegible] u. Simer.



DAS INTERDICTUM UTI POSSIDETIS.

DAS

INTERDICTUM UTI POSSIDETIS

ALS GRUNDLAGE

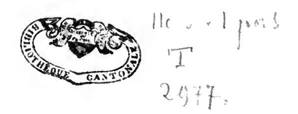
DES

HEUTIGEN POSSESSORIUM ORDINARIUM

VON

DR. HERMANN WITTE,

PRIVATDOCENT AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.



VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ.

LEIPZIG 1863.



VORWORT.

Indem ich der vorliegenden Arbeit den Titel „das *interdictum uti possidetis* als Grundlage des heutigen *possessorium ordinarium*" gebe, setze ich ein Resultat, welches seit Savigny namentlich von Bruns auf das sorgsamste begründet ist, als richtig voraus. Durch Bruns ist auch gegen die von Delbrück angeregten Zweifel der Satz überzeugend vertheidigt worden, dass uns in dem *ordinarium possessorium* des heutigen Rechtes das durch die italienische und deutsche Jurisprudenz nur in einzelnen Punkten modificirte *interdictum uti possidetis* entgegentrete. Und zwar ist der Beweis mit so umfassender Benutzung des vorhandenen Materials geführt, dass derjenige, welcher zu demselben Zwecke die nachrömische Litteratur einer Prüfung unterziehen wollte, sich nur wenig Ausbeute von seiner Arbeit versprechen könnte. Dagegen hat es bisher an einer genügenden Darstellung des reinen römischen Rechtes gefehlt. Namentlich hat man es bisher versäumt, die durch die Auffindung des Gaius ermöglichte tiefere Einsicht in den Gang und das Wesen des Interdiktenprozesses im Interesse der Besitzlehre allseitig zu verwerthen. Jedenfalls haben auch diejenigen, denen Unkenntniss mit den römischen Prozessformen nicht vorgeworfen werden kann, zu wenig den wichtigen Einfluss hervorgehoben, den das Verschwinden des Interdiktenverfahrens auf unser Rechtsmittel ausüben musste, so dass sich nirgends eine scharfe Trennung des klassischen und des nachklassischen Rechtes vorfindet. Die Schuld liegt zum grossen Theile an den justinianischen Rechtsquellen, die ihrer Anlage gemäss mit den Worten der klassischen Zeit ein wesentlich verändertes Recht darstellen sollten, und so durch die Aufnahme veralteter Wendungen eine nicht geringe Verwirrung hervorrufen mussten.

In der gegenwärtigen Abhandlung ist der Versuch gemacht, dem hervorgehobenen Mangel Abhülfe zu verschaffen. Dabei bin ich mir wohl bewusst, nicht durchweg Neues aufgestellt zu haben. Doch hoffe ich, dass auch da, wo Ansichten ausgeführt sind, die bereits von anderer Seite Vertretung gefunden haben, die Arbeit wegen der selbständigen Begründung des Behaupteten, der Hervorhebung neuer Gesichtspunkte und der Verbindung des bisher Vereinzelten nicht als überflüssig erscheinen wird.

Dass ich in den Titel einen Hinweis auf eine praktische Bedeutung der Schrift aufgenommen habe, während ich doch die Entwickelung nicht selbst bis auf die Gegenwart durchführe, vielmehr in dieser Beziehung auf die Arbeiten von Bruns, namentlich seinen Aufsatz „der ältere Besitz und das *possessorium ordinarium*" in dem Jahrbuche des gemeinen deutschen Rechtes Bd. IV. S. 1—109 verweise, bedarf wohl kaum einer Rechtfertigung. Ist in der That das *possessorium ordinarium* nichts als das römische *interdictum uti possidetis*, so ist es eine unmittelbar praktische Aufgabe, die Theorie des justinianischen Rechtes in ihrer Reinheit festzustellen. Erst dadurch kann die schwankende Praxis für die meisten Streitfragen eine sichere Grundlage gewinnen, zumal da es sich zeigen wird, dass die italienischen Juristen in ihren materiellen Entscheidungen weniger von dem richtig verstandenen römischen Rechte abwichen, als selbst Bruns zuzugeben geneigt ist, wenn auch ihre verwirrende Terminologie auf Uebereinstimmung mit den Quellen keinen Anspruch machen kann.

Und so möge denn mein Schriftchen guten Muthes in die Oeffentlichkeit hinaustreten und zusehen, ob es sich Freunde gewinne.

Berlin, im Mai 1863.

Verzeichniss der Schriften, welche ohne Angabe des vollen Titels citirt werden.

Albert. Ueber das *interdictum uti possidetis* der Römer, 1824.

Bethmann-Hollweg. Handbuch des Civilprozesses, 1834.

Bruns. Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, 1848.

— Der ältere Besitz und das *possessorium ordinarium.* Jahrbuch für gem. deutsches Recht, IV. S. 1—109.

Delbrück. Die dingliche Klage des deutschen Rechtes, 1857.

Huschke. Studien des römischen Rechts, Bd. I. Nr. I. *De causa Siliana,* 1830.

— Kritische Bemerkungen zum vierten Buche des Gaius. Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. XIII. S. 248 ff., 1846.

— Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen, 1855.

v. Keller. Ueber die *deductio quae moribus fit* und das *interdictum uti possidetis.* Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. XI. S. 287 ff., 1842.

— *Semestria,* II., 1842.

— Der römische Civilprozess, 2. Ausg., 1855.

Leist. Die *bonorum possessio,* 1844.

Rudorff. Bemerkungen über das *interdictum uti possidetis.* Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. XI. S. 333 ff., 1842.

— Römische Rechtsgeschichte, 1857.

v. Savigny. Das Recht des Besitzes, 6. Ausg., 1837.

— Ueber die *lis vindiciarum* und das Verhältniss derselben zu den Interdikten. Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. III. S. 421 ff., 1818.

Schmidt. Die *interdicta de cloacis.* Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. XV. S. 51 ff., 1850.

— Das Interdiktenverfahren der Römer, 1853.

Wetzell. Der römische Vindikationsprozess, 1845.
H. Witte. Gewährt nach römischem Rechte die mit *animus rem sibi habendi* verbundene thatsächliche Herrschaft über eine Sache in allen Fällen den Schutz durch Interdikte? Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess, N. F., Bd. XVIII. S. 234 ff., 1861.
Zimmern. Geschichte des römischen Privatrechts bis auf **Justinian**, 1829.

Ferner: die Institutionenlehrbücher von *Puchta* und *Böcking*, so wie die Pandektenlehrbücher von *Arndts*, *Brinz*, *v. Keller*, *Puchta*, *Sintenis*, *v. Vangerow*, *Windscheid*.

INHALT.

I. Bedeutung und Geschichte des Interdiktenverfahrens überhaupt.

Das klassische römische Recht zeigt uns eine Reihe von Fällen, in denen ein Rechtsstreit zwischen zwei Parteien dadurch eröffnet wird, dass der Prätor einen Befehl ausspricht, der bald ein Gebot bald ein Verbot enthält, bald an eine der Parteien, bald an beide zugleich gerichtet ist.

> *Gaius IV.* §. 139. *Certis ex causis praetor aut proconsul principaliter*[1] *auctoritatem suam finiendis controversiis interponit.*

In diesem Befehle stellt der Prätor ein Rechtsprincip auf, welches in Zukunft für die Parteien massgebend sein soll. Er verlangt von ihnen eine bestimmte Handlungsweise, die jedoch abhängig gemacht wird von gewissen thatsächlichen Voraussetzungen. Diese erscheinen materiell als Bedingungen für die verbindliche Kraft des prätorischen Befehles. Die weitere Verhandlung vermitteln sodann zwischen den Parteien abgeschlossene Sponsionen, in welchen die Verpflichtung zur Zahlung einer Summe bedingt wird durch den bezeugten Ungehorsam oder den vom Gegner geleisteten Gehorsam gegen den prätorischen Befehl. Diejenige Partei, welche der anderen eine der Anordnung des Prätors nicht entsprechende Handlungsweise vorwirft, lässt sich von derselben für den Fall des erwiesenen Ungehorsams eine Summe versprechen, indem sie sich selbst auf Grund einer Restipulation des Angeschuldigten zu einer gleich grossen Zahlung

1) Dass *principaliter* mit „gleich zu Anfang" übersetzt werden muss, hat Schmidt S. 6 Anm. 8 richtig hervorgehoben. Dass der Prätor im Interdiktenverfahren ganz vorzugsweise thätig sei, lässt sich zu Gaius Zeit nicht behaupten. Es würde dies viel eher von den *cognitiones extraordinariae* gesagt werden können, während von den Interd. vielmehr hervorgehoben wird, dass durch sie *res ad ius ordinarium remittitur*, l. 1 §. 2 *Si ventr. nom.* 25, 5.

verpflichtet, wenn ihre Behauptung sich als unbegründet herausstellen sollte. Beide Gegner klagen diese bedingten Forderungen in dem gewöhnlichen Verfahren ein. Der Richter entscheidet formell nur über die Schuld- oder Nichtschuld, kann aber einen Spruch nicht fällen, ohne festzustellen, ob gegen den prätorischen Befehl verstossen sei oder nicht. Verurtheilt er denjenigen, welchem der Prätor unter gewissen Voraussetzungen eine Leistung anbefohlen hat, so wird dadurch constatirt, dass die thatsächlichen Voraussetzungen wirklich vorlagen, dass aber trotzdem die gebotene Leistung nicht erfolgt ist. Handelt es sich um ein Verbot des Prätors, so ergiebt sich aus der Verurtheilung, dass dieses Verbot übertreten, die untersagte Handlung gegen den ausgesprochenen Willen des Prätors ausgeübt sei. Ein der Entscheidung aus den Sponsionen sich anschliessendes Verfahren, das *iudicium secutorium*, erzwingt dann nachträglich Gehorsam gegen den prätorischen Befehl resp. Ersatz des durch die verbotene Handlung zugefügten Schadens.

In den Fällen, in denen der Prätor einen bedingten Befehl zu einer einseitigen Leistung, zu einem *exhibere* oder *restituere*, ertheilt, können die Parteien das Verfahren *per sponsiones*, welches das Unterliegen im Rechtsstreite mit dem Verluste einer Strafsumme bedroht, ausschliessen, indem sie sofort nach Ausspruch des Befehles den Prätor um Ernennung eines *arbiter* ersuchen. Diesem wird durch eine *in factum concepta formula* die Untersuchung aufgetragen, ob die der Vergangenheit entnommenen Voraussetzungen des Gebotes vorliegen. Bejaht er diese Frage, so erfolgt die Verurtheilung des Verklagten auf das Interesse, wenn er es nicht auf Grund des richterlichen *arbitrium* vorzieht, den Kläger durch nachträgliche Erfüllung des prätorischen Befehles zu befriedigen. Bei einem prohibitorischen Ausspruche des Magistrates ist dieses Verfahren nicht denkbar, da zur Zeit des erlassenen Interdikts die Verpflichtung einer Partei zu einer Leistung noch gar nicht in Frage steht. Sie wird erst dadurch begründet, dass eine Uebertretung des prätorischen Befehles erfolgt. Die Untersuchung einer erst zukünftigen Thatsache ist aber ein Unding, und so würde bei prohibi-

torischen Interdikten die Bestellung eines *arbiter* sofort nach dem Ausspruche des Prätors keinen Sinn haben.[2]

Dies ist in seinen Hauptzügen das Verfahren, wie es uns aus Gaius (IV, 139—170) Schilderung entgegentritt. Als das ursprüngliche ist ohne Zweifel das Verfahren *per sponsiones* anzusehen. Die Zulassung einer Verhandlung *per arbitrariam actionem* bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* erscheint als ein exceptionelles Zugeständniss der späteren Zeit für den Fall, dass die Parteien, im Zweifel über die Rechtmässigkeit ihrer Stellung, sofort nach dem prätorischen Ausspruche die Ernennung eines Richters erbitten, um sich dessen Entscheidung unterwerfen zu können. Es ergiebt sich dies schon daraus, dass bei der selbständigen Instruktion des *arbiter* durch eine *formula in factum concepta* der Ausspruch des Interdikts als etwas durchaus überflüssiges erscheint, sowie aus der Thatsache, dass unbedingt das regelmässige Verfahren wieder eintreten muss, sobald die Bitte um Anordnung einer *actio arbitraria*, von deren rechtzeitiger Anbringung die Gewährung jener Vergünstigung abhängig gemacht ist, im ersten Termine versäumt wird.

Es fragt sich, was dieses Verfahren zu bedeuten hat, und wie es entstanden ist?

Geht man von dem Gedanken aus, dass der Prätor das Interdiktenverfahren zu einer Zeit entwickelt habe, als ihm bereits in der Formel ein Mittel zu Gebote stand, die Entscheidung des Richters zu leiten und zu bestimmen, so dürfte eine genügende Erklärung desselben nicht aufzustellen sein. Es erscheint im Vergleiche mit der Verhandlung *per formulas in factum conceptas* als unbeholfen und schwerfällig, theils wegen der indirekten Entscheidung über die eigent-

---

2) Dass die spätere Untersuchung, ob gegen den prätorischen Befehl gehandelt sei, nicht durch einen *arbiter* geführt werden konnte, hat denselben Grund wie der Ausschluss der *formula arbitraria* bei den *interdictis restitutoriis* und *exhibitoriis*, wenn die Parteien einmal ohne die Bitte um einen *arbiter* die Gerichtsstätte verlassen hatten. Wer in aller Ruhe hat prüfen können, ob ihm der prätorische Befehl eine Verpflichtung auferlege, scheint eines Ausweges nicht zu bedürfen, durch welchen er die Gefahr einer Succumbenzstrafe zu vermeiden im Stande ist.

liche Streitfrage und die dadurch nothwendig werdende Verdoppelung der Prozesse, theils wegen der mit der Herbeiführung einer Entscheidung nothwendig verbundenen Gefahr einer Succumbenzstrafe. Wir sehen desshalb auch, wie in späterer Zeit, als mit der Einführung des Formularprozesses die Stellung des Prätors eine freiere wurde, wenigstens in den Fällen, in denen eine Abhülfe besonders wünschenswerth schien, das eigenthümliche Interdiktenverfahren aufgegeben wird, um einer Verhandlung *per formulam arbitrariam* Platz zu machen. Darin liegt der entscheidendste Grund gegen die Annahme von Leist[3], als habe das auf dem *imperium* des Magistrates beruhende Interdiktenverfahren einen besonders vollkommenen Schutz gewährt für dauernde Verhältnisse, die durch einmalige *actio* nicht genügend geschützt gewesen seien. Es würde sich, die Richtigkeit dieser Lehre vorausgesetzt, das Recht, dessen Aufgabe es doch offenbar ist, immer vollkommener die anerkannten Rechte zu sichern, in einem steten Rückschritte befunden haben, und wir müssten den schliesslichen Wegfall der Interdikte aufs tiefste beklagen. Ich kann aber auch nicht einsehen, warum der Schutz eines Verhältnisses desshalb ein dauernderer sein soll, weil dem Anspruche auf Beseitigung einer thatsächlichen Störung ein prätorischer Befehl vorausgehen muss. Es scheint mir, als sei das Eigenthum, das doch auch ein dauerndes Verhältniss ist, hinreichend dadurch gesichert, dass jede Verletzung desselben sofort eine Klage nach sich zieht, und ich bezweifle sehr, ob der Besitzer schlechter gestellt ist, weil ihm nach heutigem Rechte ein Anspruch gegen den Störer zusteht, ohne dass es vorher einer richterlichen Untersagung der Störung bedurfte.

Uebrigens lässt sich auch nicht nachweisen, wie das Gemeinsame aller durch Interdikte geschützten Rechtsverhältnisse darin bestehe, dass sie sämmtlich gleichmässig eines besonders gearteten staatlichen Schutzes würdig gewesen seien, worauf ich am Schlusse dieses Abschnittes noch einmal zurück zu kommen haben werde.

---

3) Bon. poss. §. 52.

Früher fand man wohl die Eigenthümlichkeit des Interdiktenverfahrens in einer angeblichen Beschleunigung des Rechtsstreites und konnte so in dem Bestreben, einzelne Verhältnisse besonders schnell zu regeln, den Grund für seine Entstehung suchen. Aber wenn es schon nicht immer recht einzusehen war, warum gerade in den Fällen, in denen Interdikte aufgestellt sind, eine Beschleunigung dringender nothwendig gewesen sei, als bei den durch *actiones* zu verfolgenden Rechtsverletzungen, so musste diese Ansicht unbedingt aufgegeben werden, als uns mit der Auffindung des Gaius eine klarere Einsicht in das Interdiktenverfahren möglich wurde. Da ist nicht eine Spur einer Beschleunigung zu entdecken. Viel eher kann man den Gang der Verhandlung als einen schleppenden und verzögernden bezeichnen. Nicht nur musste nach dem *interdictum redditum* regelmässig eine Zeit lang gewartet werden, ob nicht der Gegner dem prätorischen Befehle gehorsam sein wolle. Auch die Nothwendigkeit eines doppelten Verfahrens, des Sponsionsprozesses und des *iudicium secutorium*, konnte nur Zeit kosten. Wollte man darauf hinweisen, wie die im Unrechte sich befindende Partei häufig aus Furcht vor der Succumbenzstrafe freiwillig dem prätorischen Befehle nachgekommen sei, so mag hierin allerdings ein Grund gelegen haben, wesshalb man den Interdiktenprozess zur Zeit des Formularverfahrens fortbestehen liess. Es genügt diese Thatsache aber nicht, um den Gang der Verhandlung selbst als einen beschleunigten zu bezeichnen. Mit demselben Rechte könnte man in allen anderen Fällen, in denen das Unterliegen mit besonderen Nachtheilen verknüpft ist, von einem beschleunigten Verfahren reden, denn es liegt dann stets in der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung eine Aufforderung an die widerrechtlich handelnde Partei, es nicht zu einem Prozesse kommen zu lassen. Der Gedanke, dass das Verfahren desshalb ein schleuniges gewesen sei, weil Bescheinigung statt des Beweises genügt habe, ist wohl als aufgegeben anzusehen. So zeigt es sich denn auch, dass in der späteren Zeit in einzelnen Fällen, die in der That eine besonders schleunige Erledigung als wünschenswerth erscheinen liessen, *extraordinariae cognitiones* neben dem Interdiktenverfahren zuge-

lassen wurden, wodurch dieses als minder vortheilhaft mehr und mehr ausser Gebrauch kam:

> *l.* 1 §. 2 *de migrando* 43, 32. *Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest; ergo infrequens est hoc interdictum.* (Ulp.)

> *l.* 3 *pr. ne vis fiat ei qui in poss. m. erit* 43, 4. *Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa, et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem.* (Ulp.)

Auch die *l.* 1 §. 2 *si ventr. nom.* 25, 5. *Necessario Praetor adjecit: Ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere. Coget autem eum decedere non Praetoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit* (Ulp.) spricht für diese Ansicht, denn das „*melius et civilius faciet*" scheint anzudeuten, dass im Interdiktenverfahren das Rechtsverhältniss gründlicher untersucht und sorgfältiger erwogen werden konnte.

Sonach weist also die Unmöglichkeit, die Besonderheiten des Interdiktenverfahrens genügend zu erklären, wenn man seine Entstehung in die Zeit des Formularprozesses versetzt, auf die Ausbildung desselben unter der Herrschaft der *legis actiones* hin. Zu einem gleichen Resultate führt uns auch die Erwägung, dass einige der durch Interdikt geschützten Rechtsverhältnisse, wie namentlich diejenigen, welche sich auf *res divini iuris* und *res publicae* beziehen, nie ohne rechtlichen Schutz gewesen sein können, während doch die Grundlage für ein Verfahren *per legis actiones* zu fehlen scheint. Nun ist es zwar denkbar, ja sogar in hohem Grade wahrscheinlich, dass in solchen Fällen ursprünglich der Magistrat, also in den ältesten Zeiten der König, kraft seiner durch das Amt erlangten Machtvollkommenheit unmittelbar regelnd eingriff. Es wäre aber sehr wunderbar, wenn es lange Jahrhunderte gedauert hätte, bevor er auf das im Interdiktenver-

fahren gebotene Mittel verfiel, die Untersuchung streitiger Thatfragen von sich abzuwälzen.

Zu Cicero's Zeit finden wir desshalb das Interdiktenverfahren bereits vollständig ausgebildet. In der Rede *pro Caecina* c. 16 spricht Cicero von der Bedeutung der *vis* beim *interdictum uti possidetis* und sagt dabei zur Rechtfertigung seiner Ansicht: *At vero hoc quidem iam vetus est et majorum exemplo multis in rebus usitatis etc.* Nicht minder bezeugt er in der Rede *pro Tullio* c. 44 die Existenz des *interdictum unde vi „apud maiores nostros"*, und im c. 13 der Rede *pro Caecina* schildert er den Prätor, wie er *totos dies aut vim fieri vetat aut restitui factam iubet, de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit.*

Auch die Bestimmung, wonach die Schenkungen beweglicher Sachen erst nach einem Besitze *maiore parte anni* perfekt werden sollen[4], scheint einen Beweis dafür abgeben zu können, dass bereits zur Zeit der *lex Cincia* das *interdictum utrubi* entwickelt war. Freilich darf man nicht voraussetzen, dass jene Vorschrift direkt in der *lex Cincia* ausgesprochen gewesen sei. Diese wird dem Sinne nach nur etwa verordnet haben, dass Niemand zur Ausführung einer unvollständigen Schenkung gerichtlich solle gezwungen werden können. So blieb es der Wissenschaft überlassen, festzusetzen, wann eine *donatio perfecta* sei, wann also der Beschenkte der gerichtlichen Hülfe nicht mehr bedürfe, um in den vollen Genuss des ihm Zugedachten zu gelangen. War dieser Zustand einmal eingetreten, so wurde bei späteren Rechtsverletzungen durch den Schenker diesem die *exceptio legis Cinciae* gegen die Klage des verletzten Schenknehmers nicht mehr gewährt. Dass aber die Erfordernisse für die Perfektion einer Schenkung von beweglichen Sachen nachträglich gesteigert sein sollten, ist bei der die Freiheit des Verkehrs immer mehr befördernden Entwickelung des römischen Rechts höchst unwahrscheinlich, und durch diese Erwägung rechtfertigt es sich, wenn in der Voraussetzung eines Besitzes *maiore parte anni* zur Perfektion der Schenkung eine Bestätigung der Annahme gefunden wird, dass bereits

4) *Vat. fragm.* §. 293 u. 311.



zur Zeit der *lex Cincia* das *interdictum utrubi* ausgebildet gewesen sei. Wäre erst nach der Zeit jenes Gesetzes der Satz aufgekommen, dass derjenige sich mit dem *interdictum utrubi* den Besitz einer beweglichen Sache verschaffen könne, welcher sie *maiore parte anni* besessen habe, so würde man dem Beschenkten gegen das Interdikt seines Auctors ebenso durch eine *exceptio* geholfen haben, wie man dies bei den Erwerbern aus einem anderen Rechtsgrunde, z. B. dem Kaufe, sicher gethan hat.

Es ist denn auch heut zu Tage ziemlich allgemeine Lehre, dass das Interdiktenverfahren in der Zeit des Legisactionenprozesses ausgebildet sei. Bruns[5] drückt sich zwar sehr vorsichtig so aus: Wenn es wahr wäre, dass die Interdikte aus einer Zeit wären, wo das Recht des Prätors zur Aufstellung neuer eigentlicher Aktionen noch nicht anerkannt war etc. Doch soll darin wohl kaum ein entschiedener Widerspruch gegen jene Annahme liegen. Unbedingt ist sie gebilligt von Zimmern[6], Huschke[7], Puchta[8], Schmidt[9], Keller[10], Rudorff[11], und auch Leist, der, wie ich oben erwähnte, durch die Form des Verfahrens nicht bestimmt wird, die *interdicta* für älter zu halten als die *actiones in factum*, ist der Ansicht, dass schon vor der *lex Aebutia* Interdikte vom Prätor im Album versprochen seien.[12]

Mit der Verlegung des Ursprungs des Interdiktenverfahrens in die Zeit der *legis actiones* ist aber meines Erachtens auch die Erklärung des umständlichen Herganges gegeben. Der Prätor, wie ich der Kürze halber auch für die ältere Zeit den Repräsentanten der mit der *iurisdictio* betrauten Behörde nennen will, bedurfte jenes Umweges, da er, ohne Einfluss auf den Richter, die von ihm als beachtenswerth erkannten Principien nicht direkt im Prozess durchzusetzen vermochte. Im Einzelnen dürfte die Entwickelung folgende gewesen sein.[13]

5) Bes. §. 6 S. 45 Anm. 6) §. 72. 7) *de causa Siliana* p. 3 Anm. 4.
8) Inst. §. 79. 80. 169. 9) Interd. S. 314 ff.
10) Civ.-Proz. §. 22. 74. 11) Rechtsgesch. II. §. 53.
12) Geschichte der röm. Rechtssysteme §. 5 S. 21.
13) In wesentlichen Punkten stimmt die folgende Ausführung überein

Es ist schon darauf hingewiesen, wie die Verhältnisse der *res publicae* und der *res divini iuris* nie der Regelung durch die Staatsgewalt ganz haben entbehren können, obgleich bei dem Mangel eines im Civilrechte begründeten Rechtes der Stoff für eine *legis actio* nicht vorlag. Das natürlichste ist, für die ältesten Zeiten in allen dringenden Fällen das direkte Einschreiten der höchsten Gewalt vorauszusetzen, die kraft des *imperium* sicher die Macht und das Recht hatte, für die Benutzung der öffentlichen Flüsse, Wege, Plätze, Begräbnissorte u. s. w. massgebende Normen aufzustellen, und Gehorsam gegen ihre Anordnungen durch Strafen zu erzwingen. Dabei mussten auch Erörterungen zweifelhafter Thatsachen von dem Magistrate selbst vorgenommen werden. Ob von vorn herein nach dem Principe der späteren Popularklagen dem Privaten, welcher das Einschreiten der Obrigkeit veranlasste, irgend eine Leistung zuerkannt wurde, oder ob nur im öffentlichen Interesse für die Zukunft eine Wiederherstellung der gestörten Ordnung stattfand, dürfte mit Sicherheit nicht zu entscheiden sein.

Allmälig erschien es wünschenswerth, den Prätor von den nicht selten zeitraubenden Untersuchungen thatsächlicher Verhältnisse zu befreien, und da sich nun sicher die Anschauung ausbildete, dass auch bei Verletzung gemeinsamer Interessen der einzelne Privatmann, welcher als Vertreter der Gesammtheit die ordnungswidrige Handlungsweise zur obrigkeitlichen Cognition brachte, in Folge seiner Thätigkeit einen Vortheil erlangen könne, so suchte man das Verfahren in die Formen des regelmässigen Prozesses zu bringen. Für diesen gab es einen festgeordneten Gang, demzufolge dem Richter eine ganz selbständige Entscheidung über das vor dem Magistrate in bestimmten Formen bezeichnete Recht übertragen wurde. Desshalb konnte die Frage, ob Jemand gegen die öffentliche Ordnung eine ausschliessliche Benutzung von *res publicae* vorgenommen, oder andere Bürger in der gestatteten Benutzung gehemmt habe, nicht direkt der

---

mit den unter einander wieder mehrfach divergirenden Ansichten von Puchta, Inst. §. 79 u. 80. Leist, B. p. §. 52 u. 54. Keller, Civ.-Proz. §. 22 u. 74.

richterlichen Untersuchung unterbreitet werden. Selbst wenn in einem solchen Falle der Prätor dem benachtheiligten Privaten einen Anspruch zugestehen wollte, so stand doch der Geltendmachung desselben durch eine *legis actio* das alte Princip entgegen, wonach *Praetor ius facere non potest.* So verfiel man auf den Ausweg, der uns im Interdiktenverfahren entgegentritt. Der Prätor sprach das Princip, welches ihn bisher bei der von ihm ausgehenden Regulirung der fraglichen Verhältnisse geleitet hatte, im einzelnen Falle als einen an die Parteien gerichteten Befehl aus. Wurde dann von einer Seite Ungehorsam des Gegners gegen diesen Befehl behauptet, so zwang der Prätor den angeblich Ungehorsamen, dem Kläger in bindender Form[14] eine bestimmte Summe für den Fall zu versprechen, dass sich diese Behauptung als richtig herausstellen sollte. Für den entgegengesetzten Fall musste sich der Kläger zur Zahlung einer gleichen Summe verpflichten. So war zunächst für das prätorische Rechtsprincip ein mittelbarer Schutz gewonnen, zu dessen Verwirklichung die geltende Prozessordnung ausreichte.

Die Summe, welche unter der Bedingung des erwiesenen Ungehorsams versprochen war, trug den Charakter einer Strafe wegen Missachtung des prätorischen Befehles. Ihre Einklagung konnte in den Formen der *legis actio* erfolgen, und zwar in der ältesten Zeit *per sacramentum*, später auch *per condictionem*. Damit durfte aber in vielen Fällen das Verfahren nicht beendet sein. Wenn z. B. Jemand eine Vorkehrung in einem öffentlichen Flusse oder auf einem öffentlichen Wege angebracht hatte, wodurch er die Benutzung des Flusses oder Weges hemmte, und dann wegen unterlassener Wegräumung auf prätorischen Befehl aus der

---

14) Sollte die zuerst wohl von Puchta, Inst. II §. 162 N. e. ausgesprochene, auch von mir für richtig gehaltene Vermuthung begründet sein, wonach die Stipulation erst durch die *lex Silia* ein klagbarer Vertrag geworden ist, so musste für die Zeit vor der *lex Silia* das Versprechen vor dem Magistrate als solches wegen des Abschlusses unter öffentlicher Autorität eine gerichtlich verfolgbare Verbindlichkeit erzeugen. Auch für die *praedes* wird keine besondere Form der Verpflichtung erwähnt. Später bediente man sich regelmässig der Sponsionen.

Sponsionsklage verurtheilt wurde, so konnte dadurch nicht eine Berechtigung zur Belassung der ordnungswidrigen Vorkehrung erworben sein. Das allgemeine Interesse verlangte Wiederherstellung der ungestörten Communikation und konnte nicht durch die Verurtheilung des Störers zur Zahlung einer Geldsumme an einen einzelnen Bürger befriedigt werden. Selbst die Annahme, dass bei dem fortgesetzten Ungehorsam des Verklagten jeder Bürger das *interdictum* habe erwirken können, da das Belassen der widerrechtlichen Vorkehrungen als eine immer erneuerte Verletzung der öffentlichen Ordnung aufgefasst werden konnte, so dass darin die stärkste Veranlassung für den Verurtheilten gelegen haben würde, dem Befehle des Prätors nachträglich nachzukommen, beseitigt dieses Bedenken nicht. Weitaus das natürlichste ist, anzunehmen, dass der Prätor in einem solchen Falle mit Zwangsmassregeln einschritt und so die Wiederherstellung des ordnungsmässigen Zustandes herbeiführte. Für ihn hatte dann die Entscheidung des Richters im Sponsionsprozesse die Bedeutung, dass sie ihm die Untersuchung der thatsächlichen Verhältnisse abnahm. Sie war präjudiciell für die Frage, ob eine Veranlassung zur Ausübung eines Zwanges vorliege.

Dass der Magistrat das Recht hatte, in dieser Weise für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu sorgen, lässt sich nicht bezweifeln. So finden wir noch in den Pandekten eine Anweisung für die Aedilen[15], die Eigenthümer eines baufälligen Hauses, dessen Mauer an einem öffentlichen Wege liegt, durch *multae* zur Beseitigung der der öffentlichen Communikation drohenden Gefahr zu zwingen, ungerechtfertigte Vorkehrungen auf öffentlichen Wegen zu beseitigen, Störungen des freien Verkehrs zu verhindern.[16] Von Bauten auf einem öffentlichen Platze heisst es in *l.* 2 §. 17 *ne quid in loco publ.* 43, 8: *si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id de-*

15) Vor Einführung der Aedilen lag diese Macht im ungetheilten *imperium*. Sie konnte aber wohl auch noch später von den *magistratus maiores* ausgeübt werden, wenn schon die Sorge für die öffentliche Ordnung zunächst den Aedilen übertragen wurde.

16) *l. un. de via publ.* 43, 10.

ponere. Auch deuten einzelne Stellen darauf hin, dass bei Popularinterdikten, welche die freie Benutzung von *res publicae* gegen dauernde Vorkehrungen zu sichern bestimmt waren, eine direkte Beseitigung der widerrechtlichen Anstalt eintreten konnte. Schon Schmidt[17] hat darauf aufmerksam gemacht, wie die *l.* 7 *ne quid in loco publ.* 43, 8 eine solche Naturalexekution bezeuge. Dieses aus Julian's lib. XLVIII Dig. entnommene Fragment lautet:

> *Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demoliri, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet; alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.*

Hier wird allerdings nur von einem erst nach dem prätorischen Verbote errichteten Hause gesprochen. Es ist dies aber eine selbstverständliche Consequenz der prohibitorischen Eigenschaft des in Frage stehenden Interdiktes. Lautete dies, wie bei widerrechtlichen Vorkehrungen auf öffentlichen Wegen oder in öffentlichen Flüssen, auf Restitution, so folgt aus dem angegebenen Grunde: *alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit* die Nothwendigkeit einer wirklichen Beseitigung. Schmidt findet in dieser Stelle die erste Spur einer allmälig aufkommenden Naturalexekution. Mir hingegen ist es nicht zweifelhaft, dass in derselben nur etwas bezeugt wird, was von jeher bei denjenigen Interdikten Rechtens war, bei denen regelmässig der Extrahent eben nur als Repräsentant der Gesammtheit ohne besonderes eigenes Interesse auftrat. Auch die Ausdrücke der *l.* 1 §. 12 *ne quid in flum. publ.* 43, 13 scheinen mir dasselbe Resultat zu beweisen. Es heisst daselbst von dem *interdictum restitutorium* schlechthin: *si quid igitur iam factum est, per hoc interdictum restituetur,* und von dem *interdictum prohibitorium: et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur.* Der Hinweis darauf, dass auch in Fällen der besprochenen Art später selbständige *iudicia secutoria* auf *quanti actoris intersit* gegeben seien, wie dies namentlich aus *l.* 2 §. 34 u. 44 *ne quid in loc. publ.* 43, 8 hervorgeht, ist kaum ge-

17) Zeitschrift XV S. 69 ff.

eignet, rechtliche Bedenken gegen die Annahme einer regelmässig eintretenden Naturalexekution zu erregen. Es wird ja mit Recht hervorgehoben, dass die Popularinterdikte *tam publicis utilitatibus quam privatorum prospiciunt*[18], so dass sehr wohl in späterer Zeit dem persönlich interessirten Privatmanne eine *actio arbitraria* bei widerrechtlicher Verzögerung der Restitution gegeben werden konnte, ohne dass daraus die Unzulässigkeit eines von dem Magistrate ausgehenden Zwanges zur Restitution gefolgert werden kann.

In den Fällen, in denen nur ein einzelner Privatmann widerrechtlich an der Benutzung einer *res publica* oder *res divini iuris* gehindert wurde, mag in der ältesten Zeit das Verfahren mit der Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der Sponsionssumme beendigt gewesen sein, bis dann bei der weiteren Entwickelung der Prozessformen, wie sie im Folgenden geschildert werden soll, auch bei derartigen Benachtheiligungen selbständige *iudicia secutoria* aufgestellt wurden.[19]

Dies scheint mir der Ursprung des Interdiktenverfahrens gewesen zu sein. Die Vermuthung, dass es zuerst zum Schutze der *res publicae* und der *res divini iuris* zur Anwendung gekommen sei, rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass hier zuerst sich ein Bedürfniss nach einer Prozessform, in welcher vom Civilrechte unabhängige Grundsätze zur Geltung gebracht werden konnten, herausstellen musste. Bald aber verwerthete der Prätor dieses Mittel auch in anderen Fällen, in denen es sich nicht sowohl um Schutz der gemeinsamen Benutzung öffentlicher Sachen, als um Regelung von Privatverhältnissen handelte. Auch hier mag zuweilen das Interdiktenverfahren hervorgegangen sein aus einer früher gewöhnlichen *extraordinaria cognitio* des Prätors, wie sich dies z. B. für das *interdictum uti possidetis* im folgenden Abschnitte ergeben wird. Häufig aber wurden auch die Interdikte in ganz selbständiger Weise benutzt, um gewissen Thatsachen eine rechtliche Wirkung zuzuschreiben, die ihnen nach Civilrecht abging, so dass wir die rechtbildende Thätigkeit der Prätoren vor der *lex Aebutia* vorzugsweise in der Aufstellung

18) *l.* 2 §. 2 *eod.* 19) *l.* 1 §. 3 *de via p. refic.* 43, 11.



neuer Interdikte zu suchen haben. Sie sind die ältesten Organe des *ius Praetorium.*

Bei den Interdikten zum Schutze privatrechtlicher Verhältnisse haben wir uns die *sponsiones*, welche die Parteien abschlossen, regelmässig zugleich als *poenales* und als *praejudiciales* zu denken. Sie dienten einmal dazu, diejenige Partei zur Leistung einer Strafsumme zu verpflichten, welche sich als ungehorsam gegen den prätorischen Befehl erwiesen, oder aber unbegründeter Weise die Gegenpartei eines solchen Ungehorsams beschuldigt hatte. Sodann aber sollte, wenn die erste Alternative vorlag, die Entscheidung des Sponsionsprozesses zugleich auch die Grundlage abgeben für ein weiteres Verfahren, in welchem die durch den prätorischen Befehl begründete honorarische Obligation[20] geltend gemacht wurde. Dass in den Fällen, in denen es sich um privatrechtliche Verhältnisse handelte, die *sponsio* zu irgend einer Zeit ausschliesslich pönal gewesen sei, so dass sich an die Constatirung des Ungehorsams durch Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der Sponsionssumme eine weitere Folge gar nicht angeschlossen habe, wie dies z. B. auch Schmidt[21] für möglich hält, scheint mir nicht denkbar. Dass die *summa sponsionis* auf Grund einer besonderen Untersuchung, welchen Werth für den Extrahenten des Interdiktes der Gehorsam des Gegners habe, festgesetzt sei, wird nirgends berichtet und erscheint bei dem ursprünglichen Zwecke des Verfahrens, den Prätor von zeitraubenden Untersuchungen bestrittener Thatsachen zu befreien, auf's äusserste unwahrscheinlich. Dennoch aber hätte eine solche Untersuchung nothwendigerweise stattfinden müssen, wenn mit der Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der Sponsionssumme das Verfahren ein Ende gehabt hätte. Man denke z. B. an das Interdikt, welches dem Kläger den Besitz der vom Verklagten zurückgehaltenen Erbschaftsgegenstände verschaffen sollte, oder an das Interdikt, mit welchem man die Einsicht eines Testamentes zu erlangen suchte, oder den Besitz einer entzogenen Sache zurückbegehrte. Folgte dagegen auf die Entscheidung des Sponsionsprozesses noch

20) cf. l. 52 §. 6 *de obl. et act.* 44, 7. 21) Interd. S. 317.

eine weitere Durchführung des prätorischen Befehles, so konnte ohne wesentlichen Nachtheil die *summa sponsionis* nach dem Belieben der Parteien oder dem Gutdünken des Prätors festgesetzt werden, da sie eben nur die Succumbenzstrafe darzustellen bestimmt war. Nur etwa bei den prohibitorischen Interdikten gegen widerrechtliche Störung eines Privaten in der Benutzung einer Sache, *publica* oder *privata*, lässt sich die Annahme vertheidigen, dass der Verletzte als Ersatz für die Störung ursprünglich nur die ihm zuerkannte Sponsionssumme erhalten habe. Sollte man aber ein gleichmässiges Verfahren in allen Fällen für nothwendig erachten, in denen ein privates Interesse des Klägers die Erbittung des Interdiktes veranlasst hatte, so würde meines Erachtens viel eher auch bei diesen Interdikten schon für die älteste Zeit ein besonderes *iudicium secutorium* anzunehmen sein, als dass man es bei allen anderen aufgeben dürfte.

Es fragt sich aber, wie wir uns dieses *iudicium secutorium* zu denken haben? Bei den Interdikten zum Schutze privatrechtlicher Verhältnisse in gleicher Weise regelmässig eine Naturalexekution durch obrigkeitlichen Zwang vorauszusetzen, wie wir eine solche bei den Interdikten gegen widerrechtliche Anlagen an öffentlichen Orten als nothwendig erkannt haben, ist kaum zulässig. Dagegen spricht das Bestreben des älteren römischen Rechts, alle Privatansprüche zum Zwecke der Exekution in Geldforderungen umzusetzen, für die dann in der *legis actio per manus injectionem* ein geordnetes Zwangsverfahren gegeben war. Nur wenn es sich um Beziehungen zu freien Menschen handelte, die einer Abschätzung nach Geld nicht unterlagen, muss, wenn der Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl durch das Urtheil im Sponsionsprozesse constatirt war, eine direkte Durchführung desselben durch Zwangsmassregeln stattgefunden haben. So wurde derjenige, welcher das Kind oder die Frau eines Anderen trotz des prätorishen Befehles nicht abführen liess, sicherlich mit Gewalt seiner unrechtmässigen Herrschaft beraubt. Wo jedoch ein vermögensrechtliches Interesse zur Sprache kam, da war ein Verfahren nothwendig, welches zur Abschätzung desselben nach Geld führte. Freilich können dazu nicht von vorn herein *in factum* concipirte *actiones*

arbitrariae gedient haben. Wenn der Prätor überhaupt nicht einen unmittelbaren Einfluss auf den Spruch des Richters ausüben konnte, und gerade deswegen zur Constatirung der Frage, ob die Parteien dem von ihm als Befehl ausgesprochenen Grundsatze nachgekommen seien, der Klage aus den bedingten Sponsionen bedurfte, so konnte er selbstverständlich auch nicht nach Ermittelung des Ungehorsams den Richter anweisen, das dabei in Frage stehende Interesse des Klägers nach Geld abzuschätzen. Ebensowenig erscheint es mir glaublich, was Schmidt[22] für möglich hält, dass sich an die Entscheidung des Sponsionsprozesses ohne weiteres ein *arbitrium litis aestimandae* angeschlossen habe, wie es Keller[23] als Anhang an die Entscheidung im Sakramentsprozesse: *cuius sacramentum iustum sit,* voraussetzt. In dem einen wie in dem anderen Falle fehlt es an einem Anhalte für die zu einer solchen *aestimatio* erforderliche Ermächtigung des Richters. Seine Aufgabe war erfüllt, wenn er die Sakramentswette entschieden, oder in der *legis actio per condictionem* die geforderte Summe dem Kläger zugesprochen hatte. Sollte etwas weiteres ermittelt werden, so musste dies durch ein neues Verfahren veranlasst werden. War durch den Sakramentsprozess die Zuständigkeit eines Rechtes festgestellt, dessen Abschätzung nach Geld, etwa bei ausbleibender Naturalbefriedigung, nöthig wurde, so war dazu die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* auf das beste geeignet, die gerade die Bestimmung hatte, ihrem Umfange, nicht ihrer Existenz nach zweifelhafte Rechtsansprüche zu fixiren[24]. Das Zusammentreffen mehrerer *legis actiones* bei demselben Rechtsstreite kann keinen Anstoss erregen, da gegen die Zulässigkeit einer Verbindung der *legis actio per sacramentum* und *per manus injectionem iudicati* nicht der leiseste Zweifel denkbar ist. Im Interdiktenverfahren war aber die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* nicht

22) Interd. S. 317. 23) Civ.-Proz. §. 16.

24) So wurde ausdrücklich schon in den 12 Tafeln, für die Abschätzung der Früchte, die bei dem Unterliegen im Eigenthumsprozesse von dem Besitzer der Sache während des Prozesses doppelt ersetzt werden mussten, die Ernennung von *tres arbitri* vorgeschrieben. *Festus ad v. vindiciae.*

zulässig. Immer setzte diese einen im Civilrechte begründeten Anspruch voraus, während die durch den prätorischen Befehl gebotene Leistung nur *iure honorario* gefordert werden konnte. Sollte also während der Herrschaft der *legis actiones* eine Klage auf Ausführung derselben resp. auf Leistung des Interesses ermöglicht werden, so musste eine Verwandelung der honorarischen Obligation in eine civile stattfinden. Auch dies wurde meines Erachtens durch eine von dem Prätor erzwungene Stipulation bewirkt. Zugleich mit dem bedingten Versprechen der Sponsions- und Restipulationssumme musste der unter gewissen Voraussetzungen zu einer Leistung Verpflichtete für den Fall seines Unterliegens im Sponsionsprozesse nachträglichen Gehorsam gegen den prätorischen Befehl angeloben. Diese Stipulation war dann, wenn eine Verurtheilung des Promittenten zur Zahlung der Sponsionssumme eintrat, die Grundlage eines weiteren in den Formen des Legisactionenprozesses durchzuführenden Verfahrens. Eine vollkommen passende Analogie bietet sich uns dar in der Stipulation, welche der Prätor bei einer dem Nachbar durch den baufälligen Zustand eines Hauses drohenden Gefahr erzwang. Von dieser *cautio damni infecti* heisst es in *l.* 1 §. 2 *de praet. stip.* 46, 5: *instar actionis habet, et ut nova actio sit intercedit.* Genau dasselbe lässt sich von der *stipulatio* behaupten, mit welcher der Prätor die nachträgliche Ausführung seines Befehles versprechen liess.

Die Annahme einer solchen stützt sich übrigens nicht nur auf eine Folgerung aus der inneren Nothwendigkeit. Wir haben ein sehr bestimmtes Quellenzeugniss in einer Stelle des Gaius, die aber bisher regelmässig anders verstanden zu sein scheint. Im §. 165 des vierten Buches spricht er von dem Verfahren *per sponsionem* bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria*, und erklärt, nachdem er von den Pönalstipulationen gehandelt hat: *sed actor sponsionis formulae*[25] *subiicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut, si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur* ——. Es fragt sich, welchen Sinn die Worte

25) Das Wort hinter *sponsionis* ist in der Handschrift unlesbar. Ob die Ergänzung „*formulae*" richtig ist, bleibe dahingestellt. Möglicher Weise ist zu lesen „*sponsionis conceptioni*".

haben: *sponsionis formulae aliud iudicium subiicit.* Versteht man sie so als müssten sie übersetzt werden: er schliesst an die Klage aus der Sponsion ein anderes *iudicium* an, so bleibt die Schwierigkeit ungelöst, wie dieses *iudicium* in den Zeiten des Legisactionenprozesses eingeleitet worden sei. Dagegen hebt alle Zweifel eine Uebersetzung, welche auch den Worten mehr zu entsprechen scheint: er bringt in die Formel der *sponsio* den Stoff für ein weiteres Verfahren. Es liegt dann darin eine Bestätigung der oben aufgestellten Behauptung, wonach sich der Kläger in einer besonderen Stipulation nachträgliche Erfüllung des prätorischen Befehles, resp. Leistung des Interesses versprechen liess. Auch bei diesem Verständniss ist eine Ergänzung des Satzes etwa durch die Worte: *adversarius quanti ea res sit condemnetur* (Heffter) gerechtfertigt. Wie hoch sich das Interesse belief, konnte, wenn einmal eine civilrechtliche Verpflichtung zur Leistung desselben durch eine Stipulation begründet war, im Wege der *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* ermittelt werden. Huschke ergänzt in seiner Ausgabe des Gaius[26]: *tantidem quanti sponsio facta sit adversarius condemnetur: quod iudicium appellatur secutorium, quia sequitur sponsionis victoriam. Sponsio vero et restipulatio tanti fit, quanti actor eam non calumniae causa fieri iuraverit.* Daraus ergiebt sich, dass Huschke ebenso wie ich als Grundlage des *secutorium iudicium* für die ältere Zeit eine besondere Sponsion als nothwendig erachtet, sodann aber auch, dass er als Objekt desselben den Betrag der in den Pönalstipulationen als Succumbenzstrafe versprochenen Summe ansieht. Gegen diese Annahme sprechen jedoch dieselben Gründe, welche die Vermuthung, als habe die Entschädigung des Klägers überhaupt in der Sponsionssumme gelegen, als unstatthaft erscheinen liessen. Vielmehr wurde die Stipulation für das *iudicium secutorium* wohl von jeher auf das besonders zu ermittelnde Interesse gerichtet, etwa in folgender Weise: *Si illa sponsione* (der Pönalstipulation) *vicero neque tu rem de qua agitur restitues, quanti ea res erit dare spondes? spondeo.*

26) *Jurisprudentia anteiustinianea.*

Auf der unlesbaren Seite 242 mag dann Gaius weiter ausgeführt haben, wie bei der späteren Entwickelung des Prozessverfahrens auch ohne besondere Stipulation ein *iudicium secutorium* gegeben sei.

Dadurch werden wir auf die Frage geführt, welche Gestalt das Interdiktenverfahren nach der Einführung des Formularprozesses annahm? Hätte der Prätor sofort mit der Bildung von Formeln sich von den Schranken des Civilrechts frei gemacht und neben den *formulae in ius conceptae* selbständige *formulae in factum conceptae* aufgestellt, so würde die Beibehaltung des Interdiktenverfahrens sogleich mit der *lex Aebutia* überflüssig geworden sein. Der Prätor hätte die thatsächlichen Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein die im Interdikte angeredete Partei zum Gehorsam gegen den Befehl verpflichtet war, eben nur zur Grundlage für eine Condemnationsanweisung zu machen gebraucht. Es ist jedoch mehr als wahrscheinlich, dass der Prätor erst allmälig zu der freien Formelbildung gelangte, wie sie uns in den *formulae in factum conceptae* entgegentritt. Zunächst schloss er sich auch bei der Aufstellung neuer Rechtsprincipien an die im Civilrechte begründeten Klagformulare an, die er durch Fiktion eines in Wahrheit nicht vorliegenden Umstandes auf den gegebenen Fall anwendbar machte. So lange er sich dieses Umweges bediente, konnte er des im Interdiktenverfahren entwickelten Mittels zur Durchführung seines Willens nicht entbehren, so dass dieses schon desshalb in die Zeit des Formularprozesses herübergenommen wurde. Als dann ganz unmerklich die Stellung des Prätors eine immer freiere wurde, fehlte es an einer besonderen Veranlassung, das altherkömmliche Verfahren zu beseitigen. Auch lag in der dem Unterliegenden drohenden Strafe ein Moment, welches einen selbständigen Grund für die Beibehaltung der alten Prozessform abgeben mochte. Wer sich seines Unrechts bewusst war, wurde gewiss nicht selten durch die in dem prätorischen Befehle besonders eindringlich an ihn herantretende Aufforderung, dem Gegner gerecht zu werden, zu freiwilliger Befriedigung veranlasst.

Doch blieb die im Laufe der Zeit vom Prätor erworbene Macht, neue Formeln unabhängig vom Civilrechte aufzu-

stellen, nicht ohne Einfluss auf den Gang des Interdiktenverfahrens. Zunächst fielen die Stipulationen zur Vermittelung der *iudicia secutoria* fort. War durch die Klage aus den Sponsionen der Ungehorsam des Verklagten gegen den prätorischen Befehl festgestellt, so wurde nun dem Kläger ohne weiteres eine *actio arbitraria* auf das Interesse gegeben. Sodann stellte man es in die Willkür der Parteien, in einzelnen Fällen die Verhandlung mit *sponsiones* und die damit verbundene Gefahr einer Succumbenzstrafe ganz zu vermeiden. Bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* konnte sofort nach dem Ausspruche des Befehles um die Bestellung eines *arbiter* gebeten werden, dem dann in einer *formula in factum concepta* die Untersuchung aufgetragen wurde, ob nach den im Interdikte ausgesprochenen Grundsätzen für den Verklagten eine Verpflichtung zur Restitution oder Exhibition vorliege.

Noch zu Gaius Zeit kam es aber auch bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* zu der Klage aus den Sponsionen, wenn die Parteien bei ihrem ersten Erscheinen vor dem Prätor die Erbittung eines *arbiter* versäumt hatten[27]. Nur durch die Annahme dieses Verfahrens wird die *l.* 22 §. 2 *quod vi aut cl.* 43, 24. des etwas späteren Venulejus verständlich:

> *Si ad ianuam meam tabulas fixeris, et ego eas, priusquam tibi denuntiarem, refixero, deinde invicem interdicto quod vi aut clam exegerimus, nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut exceptionem mihi futuram: si non vi, nec clam, nec precario feceris.*

Es wird Jemand vorausgesetzt, der widerrechtlich an die Thüre seines Nachbars eine Tafel angeheftet hat, welche von diesem sodann heimlich wieder entfernt ist. Auf Grund dieser Thatsache soll jener eine Verurtheilung des Gegners erwirken können, obschon er dann wegen der Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise das Erhaltene zu ersetzen verpflichtet ist. Offenbar kann der Hauseigenthümer nur im Sponsionsverfahren verurtheilt werden. Dass er gegen

27) *G.* IV. 164.

das Verbot, heimlich oder gewaltsam etwas vorzunehmen, was die Interessen eines Anderen verletzt, gefehlt hat, ist nicht in Abrede zu stellen. Wird diese Thatsache zur Bedingung für die Uebernahme einer Schuld gemacht, so muss diese als begründet erachtet werden. Dagegen würde bei einer *actio arbitraria* sich sofort herausstellen, dass der Kläger an der Verurtheilung des Verklagten gar kein Interesse habe, da er ja das Erhaltene als widerrechtlicher Veranlasser der gegnerischen Handlung zurückerstatten muss. Die verlangte Remission bezieht sich also auf die Sponsionssumme. Einfacher ist freilich der Ausweg, in das Interdikt eine auf die widerrechtliche Entstehung der beseitigten Vorkehrung hinweisende Exception aufzunehmen, und dieser wird denn auch von dem späteren Ulpian[28] allein erwähnt.

Allmälig kamen die Sponsionen bei den *interdicta exhibitoria* und *restitutoria* jedenfalls ganz ausser Gebrauch. Das Interdikt wurde zwar noch ausgesprochen und hatte die Wirkung einer besonders erfolgreichen Mahnung[29], die weitere Verhandlung wurde aber stets *per formulam arbitrariam* geführt. Ein interessantes Beispiel gewährt im Gegensatze zu der vorher besprochenen *l.* 22 §. 2 *quod vi a. cl.* 43, 24. die demselben Titel entnommene *l.* 7 §. 4 von Ulpian:

> *Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit objicienda, utputa si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, et quod vi aut clam mecum agatur, aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: quod incendii defendendi causa factum non sit; Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse; privato non esse idem concedendum; si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam, si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret: quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus.*

Wenn derjenige, welcher gewaltsam des Nachbars Haus niedergerissen hat, freigesprochen werden soll, sofern dies

28) *l.* 7 §. 3 *quod vi aut clam* 43, 24.

29) Vergl. z. B. *l.* 8 §. 4 u. 6 *de prec.* 43, 26. und überhaupt *l.* 3 *de interd.* 43, 1.

bei einer drohenden Feuersgefahr geschehen und das Feuer bis zum Hause des Nachbars vorgedrungen ist, so kann nur eine *actio arbitraria* auf *quanti ea res est* in Frage stehen. Es fehlt an einem solchen Interesse, wenn der Nachbar auch ohne Einreissen das Haus eingebüsst haben würde, wie ja aus demselben Grunde in dem gleichen Falle die *actio legis Aquiliae* versagt wird. Wäre *ex sponsione* geklagt, so hätte den Verklagten nur eine *exceptio* in der Formel des Interdikts schützen können, die aber dem Privaten ausdrücklich versagt wird. Servius Sulpicius, dessen Entscheidung Ulpian referirt, hatte sicher hervorgehoben, dass er von einem Verfahren *per formulam arbitrariam* rede. Zu Ulpian's Zeiten aber verstand sich der Ausschluss der Sponsionen bereits so sehr von selbst, dass derselbe nicht erst besonders erwähnt zu werden brauchte. Die Annahme einer Ueberarbeitung der Stelle durch die Compilatoren ist durchaus nicht nothwendig. So wird denn auch in einer Reihe von anderen Stellen, die gleicherweise keine Spur einer Interpolation an sich tragen, die Condemnation des Interdiktes schlechthin als auf *id quod interest* gerichtet bezeichnet, das Interdikt also vollkommen wie eine gewöhnliche *actio* behandelt.[30]

Auch bei den *interdicta prohibitoria* trat allmälig das *iudicium secutorium* immer mehr in den Vordergrund, und nahmen desshalb die Sponsionen immer mehr einen rein präjudiciellen Charakter an, so dass sie ganz allgemein wegbleiben konnten, wenn durch Zugeständniss die thatsächlichen Voraussetzungen festgestellt waren.[31] Wir brauchen daher auch die Stellen nicht für interpolirt zu halten, welche wie die *l.* 2 §. 34 u. 44 *ne quid in loco sacro* 43, 8 allein darauf hinweisen, wie die *condemnatio ex interdicto* zu richten sei auf *quanti actoris intersit.* Dagegen dürfte allerdings die *l.* 3 §. 11 *uti poss.* 43, 17 und die *l.* 3 §. 3 *de itinere* 43, 19 in ihrer ursprünglichen Fassung ausdrücklich von

30) *l.* 3 §. 11 *de tab. exhib.* 43, 5. *l.* 1 §. 3 *de via publ. refic.* 43, 11. *l.* 6 *de vi et vi arm.* 43, 16. u. a. m. Für die völlige Gleichstellung des *Interd. quod vi aut clam* mit jeder anderen Deliktsklage vergl. auch *l.* 7 §. 1 *quod vi aut cl.* 43, 24.

31) *l.* 6 §. 2 *de confessis* 42, 2. vergl. auch *l.* 2 §. 8 *test. quemadm. ap.* 29, 3 u. *l.* 1 §. 1 *de tab. exhib.* 43, 5.

dem *iudicium secutorium* gehandelt haben, und lauteten die Worte ursprünglich gewiss nicht: *in hoc interdicto — condemnationis summa refertur* — resp. *examinatur*, sondern *in hoc iudicio* oder *ex hoc interdicto*.

So war es sicher materiell keine erhebliche Veränderung des geltenden Rechts, als man schliesslich das Verfahren *per sponsiones* ganz abschaffte. Dass dies mit der Aufhebung des Formularprozesses und der allgemeinen Durchführung der *extraordinaria cognitio* geschehen sei, ist schon aus inneren Gründen wahrscheinlich. Wenn die *sponsiones* vorzugsweise dazu gedient hatten, die Untersuchung thatsächlicher Verhältnisse durch einen *iudex* zu vermitteln und sie dem Magistrate abzunehmen, so musste jener Umweg als ganz überflüssig erscheinen, nachdem einmal die Trennung des Verfahrens *in iure* und *in iudicio* weggefallen, und die Leitung des ganzen Prozesses bis zur Schlusssentenz an den Magistrat gekommen war. Es findet sich denn auch eine Constitution von Diocletian und Maximian im Codex, welche ausdrücklich erklärt, dass das Interdiktenverfahren in seiner Eigenthümlichkeit bei der *extraordinaria cognitio* nicht vorkommen könne.[32] Möglich ist es, dass trotzdem noch in einzelnen Fällen zur Eröffnung des Prozesses das Interdikt vom Magistrate ausgesprochen wurde. Es erschien dies dann noch immer als eine durch Vermittelung des Gerichtes bewirkte Interpellation, die bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* die *mora* zur Folge hatte. Sicher wurde es dann aber auf einseitigen Antrag ohne Zuziehung des Gegners erlassen. Da ihm diese Bedeutung bei den *interd. prohibitoria* nicht beigelegt werden konnte, so mag es bei diesen am frühsten ganz weggefallen sein. Als Beweis, dass in der That der prätorische Befehl noch eine Zeit lang zur Eröffnung des Prozesses ausgesprochen wurde, ist namentlich wichtig die ep. 48 lib. X des Symmachus. In der Schilderung des Herganges, welchen der Prozess, ein *interdictum unde vi*, in der ersten Instanz gehabt habe, finden sich die Worte: *Nam Scirtius vir perfectissimus ereptam sibi partem Caesarianae massae crebra aditione conquestus, quum integra-*

32) c. 3 *de interd.* 8, 1.

tionem status, quem amiserat, impetrasset etc. Schon Bethmann-Hollweg[33] hat darauf aufmerksam gemacht, wie diese Worte unverständlich seien, wenn man sie nicht auf das *interdictum redditum* beziehen wolle. Dennoch aber war mit dem gänzlichen Wegfalle des Sponsionsprozesses das Interdiktenverfahren im Wesentlichen beseitigt, und wenn desshalb in den Quellen nach der Durchführung der neuen Prozessordnung von einem Falle gesprochen wird, in welchem früher das Interdiktenverfahren nothwendig war, so pflegen Ausdrücke gebraucht zu werden wie: *ad exemplum interdicti*[34] — *ad instar interdicti*[35] — *secundum sententiam interdicti*[36] und dergl. Allmälig fiel auch die letzte Reminiscenz an das alte Verfahren, der Ausspruch des Interdiktes, fort, und im §. 8 *I. de interd.* 4, 15 erklärt Justinian: *De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum.*

Das praktische Resultat formulirt sich dahin, dass nunmehr die Interdikte den gewöhnlichen Klagen vollkommen gleich stehen, so dass nur aus historischen Gründen eine verschiedene Bezeichnung der einzelnen Rechtsmittel sich rechtfertigt. Die ursprünglich von den Prätoren auf Umwegen zur praktischen Geltung gebrachten Principien sind Bestandtheile der allgemeinen Rechtsordnung geworden, auf Grund deren dem Einzelnen Rechte zustehen können. Die Verletzung derselben führt zur Reaktion durch eine Klage, und *perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*[37] So heisst denn auch die Rubrik des tit. 1 lib. 43: *de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt,* und der Institutionentitel *de interdictis* (4, 15) beginnt mit den Worten: *Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quae pro his exercentur.*

Am Schlusse dieser historischen Entwickelung des Interdiktenverfahrens möge noch eine auf die Bezeichnung *inter-*

33) S. 422. 34) *c.* 3 *de interd.* 8, 1. *c.* 2 *unde vi* 8, 4.
35) *c.* 4 *unde vi* 8, 4. *c.* 17 *de act. empti* 4, 49.
36) *c.* 1 *quod legat.* 8, 3. 37) §. 8 *I. de interd.* 4, 15.

dicta gestützte Vermuthung über den ersten Ursprung des Verfahrens eine Stelle finden. Da auch diejenigen prätorischen Anordnungen *interdicta* genannt werden, in welchen der bedingte Befehl zu positiven Handlungen ertheilt wird, so ist es wahrscheinlich, dass ursprünglich nur bei prohibitorischen Befehlen das besondere Prozessverfahren eintrat. Das Wort *interdicere* weist auf ein Einschreiten hin, welches eine Hemmung des Handelns durch das Dazwischentreten des Prätors bewirkt. So unterscheidet auch Gaius IV, 140 bei sorgfältigerem Sprachgebrauche *decreta* und *interdicta*, indem er diesen letzten Namen nur dann den prätor. Anordnungen beilegt: *cum prohibet fieri*. Wenn die Verfasser der justinianischen Institutionen[38] und Theophilus[39] den gemeinsamen Namen dadurch zu rechtfertigen suchen, dass sie ihn auf das: *inter duos dici* zurückführen, so mag dieser Erklärungsversuch als Beweis für die dem Ausspruche des Befehles vorausgehende zweiseitige Verhandlung der Parteien seine Wichtigkeit haben, für eine richtige Etymologie darf er aber kaum angesehen werden.[40] Hält man an dem älteren Sprachgebrauche des Gaius fest, so liesse sich daraus folgender Gang der Entwickelung vermuthen. Der Prätor verwerthete zunächst die in civilrechtlicher Form abgegebenen Versprechen zur Durchführung eines von ihm aufgestellten Princips in Fällen, in denen er gewisse Handlungen durch drohende Nachtheile verhindern wollte. Es mögen dies etwa die Fälle gewesen sein, in denen es sich um die ungestörte Benutzung von *res publicae* durch den einzelnen Bürger handelte. Die Beseitigung dauernder Anlagen auf öffentlichem Boden würde dann längere Zeit dem unmittelbaren Einschreiten des Magistrates verblieben sein. So setzte sich der Sprachgebrauch fest, wonach die Befehle des Magistrates, welche zur Grundlage für den Sponsionsprozess dienten, *interdicta* genannt wurden. Als später dasselbe Verfahren auch dann beobachtet wurde, wenn ein Zwang zur Vornahme positiver Handlungen ausgeübt werden sollte, behielt man

---

38) §. 1 *I. de interd.* 4, 15. 39) *ad h.* §.

40) Anders freilich Schmidt S. 5 und Rudorff, Röm. Rsgesch. II. §. 53 Anm. 2.

die üblich gewordene Bezeichnung für die prätorischen Befehle im Allgemeinen bei, und machte nur bei sorgfältigerem Sprachgebrauch einen Unterschied zwischen *interdicta* und *decreta*. Aus dieser Ausführung darf man aber nicht folgern, dass alle prohibitorischen Interdikte älter seien, als die restitutorischen und exhibitorischen. Nur die ursprüngliche Entwickelung des Verfahrens bei Gelegenheit einzelner Verbote dürfte sich daraus ergeben, während der einmal ausgebildete Interdiktenprozess sowohl neue Gebote als neue Verbote des Prätors möglich machte.

Fragt man schliesslich, in welchen Fällen der Prätor Interdikte aufgestellt habe, so ist meines Erachtens die von Schmidt[41] gegebene Antwort die einzig richtige, dass sich ein allgemeines Princip, unter welches die einzelnen Interdikte sich unterordnen, nicht auffinden lässt. Wo in der Zeit der *legis actiones* ein Bedürfniss nach Rechtsschutz fühlbar wurde, half der Prätor durch ein Interdikt in gleicher Weise, wie er später zu diesem Zwecke die *actiones in factum* verwendete. Auch für diese ist ein gemeinsamer Gedanke nicht ersichtlich. Einen Beweis für den Mangel jedes dogmatischen Grundes, wesshalb in dem einzelnen Falle gerade nur durch ein Interdikt, nicht aber durch eine *actio* habe geholfen werden können, liefert die Thatsache, dass das Interdiktenverfahren vollständig verschwinden konnte ohne irgend eine dadurch entstehende Lücke zurückzulassen. Nicht minder spricht dafür das allmälige Aufkommen von *actiones in factum* oder *extraordinariae cognitiones* in Fällen, in denen gleicherweise Interdikte zulässig waren, so dass man zwischen diesen beiden Klagformen längere Zeit hindurch die Wahl hatte.[42] Wenn man sagt, der Prätor habe mit den Interdikten faktische, nicht rechtliche Verhältnisse geschützt, so ist diese Behauptung ebenso richtig für Interdikte wie für *actiones in factum*. Beider Mittel bediente sich der Prätor regelmässig, um einen Rechtsschutz zu gewähren in Fällen, in denen das Civilrecht einen solchen versagte, in denen also das Verhältniss bisher nicht als ein rechtliches, sondern nur als ein thatsächliches erschienen war. Gerade

41) S. 304 ff. 42) Die einzelnen Fälle s. bei Schmidt S. 306—312.

dadurch aber machte der Prätor die Verhältnisse zu rechtlichen, wenn auch nur nach *ius honorarium*. Uebrigens ist die Regel nicht ausnahmslos. Wie in einzelnen Fällen neben die *formula in ius concepta* eine *formula in factum concepta* gestellt war[43], so gab es auch einzelne Interdikte zur Durchführung von Rechtsgrundsätzen, welche jedenfalls schon in den XII Taf. Anerkennung gefunden hatten.[44] Möglich bleibt allerdings noch immer, dass diese bereits vor der Zwölftafelgesetzgebung im Interdiktenverfahren entwickelt und nur in jenem Gesetze besonders bestätigt waren. Wahrscheinlicher ist es aber, dass durch die Interdikte der civilrechtliche Satz in irgend einer Weise über seine ursprünglichen Grenzen ausgedehnt wurde, wie dies bereits Schmidt[45] ausgeführt hat.

Zum vollen Verständniss des Verfahrens bleibt nur noch die Frage zu beantworten, welche Folgen die Weigerung einer Partei, die vom Prätor verlangten Sponsionen abzuschliessen, nach sich zog, eine Frage, die ich bisher ausgesetzt habe, um den Gang der historischen Entwickelung nicht zu unterbrechen. Die besondere Schwierigkeit, welche die Feststellung der Folgen einer Contumaz gerade im Interdiktenverfahren macht, liegt darin, dass in vielen Fällen ein Anspruch des Klägers zur Zeit des Prozesses noch gar nicht vorlag, sondern durch die Sponsion erst eine Begründung finden sollte. Der Satz, dass derjenige, welcher sich *in iure* nicht gehörig vertheidige, *pro confesso* zu erachten sei, reicht desshalb nicht aus. Was hätte er z. B. dem Kläger nützen sollen, der sich darüber beschwerte, dass der Verklagte gegen den prätorischen Befehl eine Vorkehrung von einem öffentlichen Wege nicht fortgeschafft habe? Für ihn erhielt diese Thatsache erst dadurch ein pekuniäres Interesse, dass ihm für den Fall der Wahrheit seiner Behauptung eine bestimmte Summe versprochen wurde. In solchen Fällen hat der Magistrat sicher von seiner Befugniss, einem gegen seine Befehle ungehorsamen Bürger Strafen aufzuer-

43) Gaius IV. 47.

44) cf. *l.* 5 *ne quid in l. publ.* 43, 8. *l.* 1 §. 8 u. *l.* 2. *de arb. caed.* 43, 27. *l.* 236 §. 1 *de verb. sign.* 50, 16.

45) S. 300.



legen, Gebrauch gemacht. Die Scheu vor den drohenden *multae* eventuell der persönlichen Haft mag desshalb eine Weigerung zu Sponsionen regelmässig ausgeschlossen haben. Kam sie ja einmal vor, und liess sich der Verklagte selbst durch Auferlegung von Multen nicht zur Nachgiebigkeit bewegen, so mag dem Kläger aus dem abgepfändeten Gute so viel durch den Prätor gewährt sein, als die Sponsionssumme betragen haben würde. Auch musste in Fällen, in denen die Entscheidung des Sponsionsprozesses eine präjudicielle Bedeutung für ein weiteres Verfahren haben sollte, die zu ermittelnde Thatsache in der Weise als festgestellt angesehen werden, wie es dem Verklagten am wenigsten günstig war. Wenn desshalb nach dem Siege im Sponsionsverfahren ein Privatanspruch des Klägers in einem besonderen *iudicium secutorium* hätte durchgeführt werden können, so betrachtete der Prätor bei hartnäckiger Verweigerung der Sponsionen Seitens des Verklagten die Forderung nach den Angaben des Klägers als zugestanden, und verhalf durch die ihm zustehenden Zwangsmittel, namentlich die *missio in possessionem,* dem Kläger zum Genusse des ihm Zugesicherten. Mit dem Wegfalle des Sponsionsprozesses hat dann auch im Interdiktenverfahren die *contumacia* die gewöhnliche Behandlung gefunden.

II. Die Entstehung der possessorischen Interdikte.

Unter den verschiedenen Interdikten, deren Wortlaut im 43. Buche der Pandekten mehr oder weniger genau uns überliefert ist, findet sich eins, welches im Edikte in folgender Fassung proponirt war: *Uti eas aedes (fundum, locum), quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto.* Wie ist dasselbe entstanden und welche war seine ursprüngliche Bestimmung?

Auf diese Frage ist eine entscheidende Antwort in den Schriften der klassischen Juristen oder den Constitutionen

der Kaiser nicht zu erwarten. Sowohl den Juristen als den Kaisern kam es wesentlich nur auf das praktische geltende Recht an, so dass sie eingehendere historische Untersuchungen nirgends angestellt haben. Findet sich ja einmal eine Bemerkung über den Ursprung eines Institutes, so ist sie entweder ganz allgemein gehalten und desshalb ohne besonderen Werth, oder sie erscheint als eine Abstraktion von der thatsächlichen Bedeutung des fraglichen Institutes zur Zeit des Redenden, der das Ansehen einer kritischen Erörterung nicht immer beizulegen ist. So werden über das Detail der Entwickelungsgeschichte eines Rechtsinstitutes regelmässig nur Vermuthungen aufgestellt werden können, deren Glaubwürdigkeit bedingt wird durch die innere Harmonie, welche durch sie in die gesammte Rechtsordnung einer Periode gebracht wird, so wie durch die Leichtigkeit, mit welcher sich aus denselben unzweifelhafte Erscheinungen erklären lassen. Immerhin verlangen aber auch historische Bemerkungen in den Quellen des materiellen Rechtes Berücksichtigung, und es bedarf im einzelnen Falle eines besonderen Grundes, wenn man das Zeugniss verwerfen und eine andere geschichtliche Entwickelung annehmen will.

Ueber die *interdicta retinendae possessionis* findet sich nun mehrmals die Angabe, sie seien eingeführt, um die Parteirollen für den Prozess über das Eigenthum zu regeln. So sagt Gaius IV §. 148:

> *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi.*

Man könnte zwar die Worte: *comparata sunt* übersetzen mit: „dazu sind bereit“, „dazu dienen“, ohne darin ein Urtheil über den Einführungsgrund zu finden. Dass aber jedenfalls die Compilatoren der Ansicht gewesen sind, Gaius wolle sich über die Entstehung der Interdikte äussern, ergiebt sich aus der Umstellung, welche sie bei der Wiedergabe jener Ausführung gemacht haben, indem der §. 4 *I. de interd.* 4, 15 lautet:

> *Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi, quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat.*

Einen noch bestimmteren Ausspruch über den Ursprung der *interdicta retinendae possessionis* hat man[1] in der *l.* 1 *uti poss.* 43, 17 von **Ulpian** finden wollen. Daselbst heisst es im §. 2:

> *Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata debet esse possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.*

Im §. 3 wird dann weiter ausgeführt, wie bei einem Streite über das Eigenthum der Besitz entweder feststehe oder bestritten sei, woran sich dann die Worte anschliessen:

> *Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittuntur.*

Es lässt sich aber meines Erachtens in dieser Stelle eine Angabe über die Entstehungsgeschichte der fraglichen Interdikte nicht finden. Der §. 2 sagt nur, es habe besonderer Besitzklagen bedurft, da das Institut des Eigenthums scharf zu trennen sei von dem Institute des Besitzes, indem die rechtliche Herrschaft über eine Sache keineswegs immer mit der thatsächlichen zusammenfalle. Der §. 3 hebt dann weiter hervor, dass bei einem Streite über das Eigenthum die Besitzfrage zunächst erledigt sein müsse. Auch bei einer Verbindung beider Paragraphen lässt sich aus ihnen doch nur folgern, dass **Ulpian** die praktische Bedeutung des Interdiktes vorzugsweise in der Regulirung der Parteirollen bei der Vindikation gefunden habe.[2] Dass diese auch der Grund der Einführung gewesen sei, wird nicht gesagt, freilich aber

---

1) So namentlich auch **Savigny**, Besitz §. 36 S. 468 u. 69. Anm.

2) Diese praktische Bedeutung wird in gleicher Weise hervorgehoben in *l.* 35 *de a. v. p.* 41, 2. *c.* 3 *de interd.* 8, 1. *Theophil. ad* §. 4 *I. de interd.* 4, 15.



auch nicht bestritten. So bleiben jene beiden Stellen von Gaius und den Compilatoren als Zeugniss für die Ansicht, welche die römischen Juristen von der Entstehung der *interdicta retinendae possessionis* gehabt haben.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht ist mehrfach[3] eingewendet, zu dem Zwecke der Besitzregulirung für die Dauer des Prozesses hätten die possessorischen Interdikte nicht eingeführt werden können, da der Prätor bei der *legis actio per sacramentum* durch das *vindicias dicere* der einen Partei den streitigen Gegenstand intermistisch zugesprochen habe. Wenn man aber zugleich darauf hinweist, wie noch zu Gellius Zeit[4] das *vindicias dicere* vorgekommen sei, so scheint mir gerade in dieser Thatsache das Mittel gegeben zu sein, um jenen Einwand zu entkräften. Es ist doch wohl undenkbar, dass noch gegen Ende des 2. Jahrhunderts, nachdem bereits längst die possessorischen Interdikte ihre volle Ausbildung erhalten hatten, der Prätor nach seinem Gutdünken bei der *legis actio per sacramentum* den Besitz vertheilt habe. Man muss vielmehr annehmen, dass der bereits citirte Ausspruch von Gaius[5], wonach bei einem beabsichtigten Streite über das Eigenthum der zweifelhafte Besitz zuvörderst durch ein *interdictum retinendae possessionis* festgestellt werden musste, auch dann seine Anwendung fand, wenn die Vindikation in den Formen der *legis actio per sacramentum* verhandelt werden sollte. Dadurch werden wir auf folgende Entwickelung des *vindicias dicere* geführt.

Die alte *legis actio per sacramentum* über ein Recht, das eine dauernde Ausübung zuliess, wurde in allen Fällen durch einen Scheinkampf der Parteien eingeleitet, welchen der Prätor durch seinen Friedensbefehl beendete. Dieser war die Grundlage des geregelten Verfahrens, durch welches jede Eigenmacht ausgeschlossen werden sollte. Zu diesem Zwecke musste aber auch für die Dauer des Prozesses ein Zustand hergestellt werden, der unter besonderem Schutze des Magistrates stand. So folgte auf den Friedensbefehl das *vin-*

---

3) Savigny, Bes. §. 36. Rudorff, Zeitschrift XI S. 334. Schmidt, Interd. S. 186.

4) cf. Gellius XX, X. 5) IV. 148.

dicias dicere, durch welches einer Partei der vorläufige Genuss des beanspruchten Rechtes gesichert wurde. Dass der Scheinkampf, das *conserere manus*, ohne Ausnahme immer stattfand und durch die prätorische Regelung des Besitzes während der Dauer des Prozesses abgeschlossen wurde, ergiebt sich nicht nur aus dem gemeinsamen Namen für alle Fälle: *vindicatio*, der nach Festus[6] und Gellius[7], auf die Gewalt zum Scheine, das *vim dicere*, die *vis civilis et festucaria* hinweist, sondern auch aus den Beschreibungen des Verfahrens bei Cicero[8], Gaius[9], Gellius[10], die sämmtlich nicht erwähnen, dass zuweilen die *vis festucaria* unterblieben sei. Dennoch kann es einem Zweifel nicht unterliegen, dass Fälle vorkamen, in denen der bisherige Besitz nicht bestritten war, in denen also Jemand, der unzweifelhaft nicht besass, sein Eigenthumsrecht gegen den gegenwärtigen Besitzer geltend zu machen beabsichtigte. Nicht minder konnte es sich ereignen, dass Jemand in Ungewissheit über sein Recht es vorzog, auf die *vindiciae* zu verzichten, um nicht bei etwaigem Unterliegen im Prozesse den Nachtheil eines doppelten Ersatzes der gezogenen Früchte[11] erleiden zu müssen. Auch das Bestreben, alle Verzögerungen der Entscheidung über das dingliche Recht abzuschneiden, konnte zu einem gleichen Entschlusse führen. In allen diesen Fällen hatte der Prätor bei dem *vindicias dicere* keine Wahl. Er musste die Vindicien zu Gunsten dessen geben, der nach übereinstimmender Erklärung der Parteien Besitzer war oder doch für die Dauer des Prozesses sein sollte. Diese Uebereinstimmung der Prozessirenden musste aber dem Charakter des ältesten römischen Rechtes entsprechend gewissermassen handgreiflich in die Erscheinung getreten sein, und so erklärt sich das alte Institut der *deductio quae moribus fit*, von dem uns nur durch die beiden Reden Cicero's *pro Tullio* und *pro Caecina* Kunde zugekommen ist. Derjenige, welcher für die Dauer des Prozesses im Besitze eines Grundstückes bleiben sollte, deducirte seinen Gegner in Gegenwart von Zeugen, und bewies durch diese *vis ex conventu* seine that-

6) *v. vindiciae.* 7) XX, 10 i. f. 8) *pro Murena*, c. XII.
9) IV, 16. 10) XX, 10. 11) cf. *Festus v. vindiciae.*

sächliche Herrschaft über das streitige Objekt in sinnlich wahrnehmbarer Weise. Wenn Savigny[12] in der *deductio quae moribus fit* nur ein Mittel finden wollte, um von einem entfernten Grundstücke eine Scholle vor den Prätor zu bringen, so ist dagegen schon von Keller[13] mit Recht hervorgehoben, wie zu diesem Zwecke eine feierliche *deductio*, bei der es von Bedeutung war, wer deducirte und wer deducirt wurde, in keiner Weise erfordert werden konnte. Die Worte des 20. Kap. aus der Rede *pro Tullio: Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur. Dicit, deductūrum se Tullius; vadimonium Fabio Romam promissurum* sprechen entschieden dafür, dass der Deducirende Besitzer, und also Verklagter im Prozesse sein sollte. Tullius steht nicht an, bei der ihm freigestellten Wahl sich für die Deduktion zu entscheiden, obschon sich als nothwendige Folge daraus die Verpflichtung zur Bestellung eines *vadimonium* zu ergeben scheint. Der Vortheil, den er erlangt, kann nur in der günstigeren Parteirolle gelegen haben.

Diese Gründe hat auch Wetzell[14] nicht zu beseitigen vermocht, der noch nach Keller's Abhandlung die Behauptung festgehalten hat, durch die *deductio quae moribus fit* sei über den Besitz für die Zeit des Prozesses und dadurch über die Parteirollen nichts entschieden. Seine Ansicht geht, sofern ich sie richtig verstanden habe, dahin: Um den Besitzer eines Grundstückes, das man vindiciren wollte, zu veranlassen, sich zu gestellen, habe man unter Angabe des Zweckes in das Grundstück eindringen können. Der Besitzer sei dadurch genöthigt worden, den Eindringenden sofort von dem Grundstücke zu dem Prätor zu führen (*deducere*), wobei nach dem Wegfalle des *ex iure manum consertum vocare* ohne Zweifel die *vindiciae* mitgenommen seien. Zur Zeit des Sponsionenprozesses habe man sich, um das Anstössige einer gewaltsamen Occupation zu vermeiden, unter Zuziehung von Freunden über den Tag der Deduktion geeinigt, und sei so zu dem Verfahren gekommen, was uns von Cicero als *deductio quae moribus fit* geschildert werde.

12) Zeitschr. III S. 429. 13) Zeitschr. XI S. 290 ff.
14) Vind. §. 14 S. 83 ff.

Durch dasselbe sei der Prätor für die Regelung der *vindiciae* in keiner Weise gebunden worden, er habe vielmehr freie Wahl gehabt, wen er zum Besitzer machen wolle.

Mir erscheint dieses angebliche Verfahren als vollkommen zwecklos, wenn man nicht das Hauptgewicht auf das Mitnehmen der Scholle legt und dadurch diese Ansicht mit der bereits von Savigny vorgetragenen, und oben widerlegten, identificirt. Wenn auch das eigenmächtige Eindringen in ein Grundstück unter Umständen den Zweck haben konnte, den verborgenen und unbekannten Besitzer zum Erscheinen zu zwingen, so erscheint doch unter diesem Gesichtspunkte die Occupation als sinnlos, wenn der Besitzer so gegenwärtig war, dass man sich mit ihm über den Tag der vorzunehmenden Deduktion verständigen konnte. Man sieht nicht ein, warum nicht sofort zur *in ius vocatio* geschritten wurde. Die Identität des Streitobjektes konnte wahrlich festgestellt werden, ohne dass es einer scheinbaren Gewalt bedurfte. Auch bleibt es ganz unbegreiflich, welches Interesse die Frage haben konnte, wer deducire und wer deducirt werde, wenn ganz unabhängig davon der Prätor den Besitz bestimmte. Dass die Rede Cicero's *pro Caecina,* wenn sie uns allein erhalten wäre, zur Erkenntniss der Wahrheit kaum geführt haben würde, ist freilich richtig. Cicero sucht[15] die Thatsache, dass sich Caecina auf den Rath seiner Freunde von dem streitigen Grundstücke habe deduciren lassen wollen, als Beweis für den Besitz desselben zu verwerthen. Die Mangelhaftigkeit dieses Argumentes ist nicht abzuleugnen, bleibt aber gleich gross, mag man nun die von Wetzell aufgestellte oder die hier vertheidigte Ansicht von der *deductio* für die richtige halten. Es wird ja aber auch ziemlich allgemein zugegeben, dass Caecina in der That nicht besessen habe[16], wesshalb Cicero seinen Scharfsinn vorzugsweise anstrengt, um darzuthun, wie der Besitz als Voraussetzung für das *interdictum de vi hominibus coactis armatisve* nicht erfordert werden könne. Bei dem Versuche, nebenbei auch den Besitz seines Klienten zu beweisen,

15) c. 32 i. f.

16) cf. Keller, *Semestria* II §. 4. u. auch Wetzell, S. 85.

konnte Cicero schon auf den Scheingrund ein flüchtiges Gewicht legen, dass Caecina auf den Rath seiner Freunde freiwillig die Rolle des Klägers übernommen habe. Sein Gedanke war wohl: Bei unzweifelhaftem Besitze des *Aebutius* hätte es eines solchen Rathes nicht bedurft, es hätte sich die Rolle des Caecina als Kläger von selbst ergeben. Da er aber in der That besass, so durfte auf die günstige Stellung des Verklagten im Interesse der schleunigen Erledigung des Rechtsstreites nur bei grosser Gewissheit des Sieges verziehtet werden, und zur Erwägung dieser Frage war eine Berathung mit den Freunden nothwendig. Erst bei dieser Auffassung wird Cicero's Ausdrucksweise verständlich, dessen Grund vollständig lautet: *Ipse porro Caecina cur se moribus deduci volebat: idque tibi de amicorum etiam de ipsius C. Aquilii sententia responderat?* Zugleich argumentirte Cicero aus dem Worte: *deductio*, das einen vorhandenen Besitz, aus dem man entsetzt werden kann, zu verlangen scheint. Auch ist es nicht unmöglich, dass eine *deductio* in der That nur dann vorzukommen pflegte, wenn der Besitzer die Rolle des Klägers zu übernehmen beabsichtigte, oder wenn wenigstens der Besitz zweifelhaft geworden war. Bei klaren Verhältnissen konnte man sich auch ohne sie auf die sachgemässe Entscheidung des Prätors verlassen. Jedenfalls muss festgehalten werden, dass die *deductio* zwar den Besitz für die Dauer des Prozesses regelte, keineswegs aber für den Deducirten ein Geständniss, dass er früher nicht besessen habe, einschloss.

Wetzell glaubt aber in den Worten des ersten Kapitels: *quoniam si facta vis esset moribus superior in possessione retinenda non fuisset* einen entscheidenden Grund für die Annahme, die *deductio* sei für das *vindicias dicere* des Prätors nicht massgebend gewesen, gefunden zu haben. Es sage ja Cicero ausdrücklich, dass bei einer regelmässigen Deductio, bei welcher der Verabredung gemäss Caecina deducirt werden sollte, die Vindicien dem *Aebutius* nicht gegeben sein würden. Die Antwort hierauf hat jedoch schon Keller, wenn auch gegen andere Gegner, in der erwähnten Abhandlung[17]

17) Anm. 17.

gegeben. Von einem *retinere possessionem* konnte Cicero auch sprechen, wenn er an den Ausgang des *petitorium* dachte. Der Sinn seiner Worte ist einfach: *Aebutius* wusste, dass er im ordentlichen Prozesse unterliegen würde, desshalb suchte er sich durch Gewalt zu helfen.

Als Resultat ergiebt sich also, dass allerdings die *deductio* entscheidend war für den Besitz während des Prozesses. Nur darf man desshalb nicht mit Keller l. c., Huschke[18] und Rudorff[19] den Wegfall des *vindicias dicere* nach stattgehabter *deductio* annehmen, als ob diese jenes ausgeschlossen habe. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht zeigt sich bei näherer Prüfung. Rudorff will die *deductio* bei der *legis actio per sacramentum* zulassen, so dass in einzelnen Fällen Vindikationen in dieser Form ohne *manus consertae* und *vindicias dicere* vorgekommen seien. Diese Annahme hat schon oben ihre Widerlegung gefunden, wo sich zeigte, dass bei allen Vindikationen ein Scheinkampf der Parteien und eine Regulirung des Besitzes durch den Prätor stattfand. Keller und Huschke stimmen darin überein, dass die *legis actio per sacramentum* stets die Regelung der Vindicien durch den Prätor vorausgesetzt habe, und glauben desshalb in der *deductio* das Mittel zu sehen, durch welches bei der *in rem actio per sponsionem* der Besitz geordnet sei. Hiergegen aber dürften folgende Erwägungen gerechtfertigt sein. Bei der *deductio* deutet das Bestreben, einer Willenseinigung einen möglichst prägnanten feierlichen Ausdruck zu geben, auf eine Entwickelung in der ältesten Zeit. Diese Vermuthung wird durch das frühe Verschwinden jenes symbolischen Aktes, von dem sich schon bei Gaius keine Spur mehr findet, auf das entschiedenste bestärkt. Dagegen erscheint die *in rem actio per sponsionem* als ein Produkt fortgeschrittener Rechtsentwickelung. Sicher verfiel man auf diesen Umweg, über das Eigenthum an einer Sache eine Entscheidung herbeizuführen, erst als die Gefahr, die *summa sacramenti* einzubüssen, als eine Last und als ein Nachtheil des älteren Verfahrens gefühlt wurde. Zu der Ausbildung jenes neueren Prozessverfahrens drängte dasselbe Bedürfniss,

18) Gaius, S. 189. 19) Rechtsgesch. II §. 36.

welchem jedenfalls auch die *legis actio per condictionem* ihre Entstehung verdankte. Vielleicht ist es erst entwickelt, als man durch die Klage aus der Sponsio zugleich den Vortheil erlangte, im Formularprozesse das Eigenthum feststellen zu lassen, während selbständige *formulae petitoriae* noch nicht aufgestellt waren. Aber selbst wenn man die Entstehung noch in die Zeit der *legis actiones* versetzt, so konnte, wenn der beabsichtigte Vortheil, die Vermeidung der nur dem Staate zu Gute kommenden Prozessgefahr, erreicht werden sollte, nur *per condictionem*, also mit einer jüngeren *legis actio*, aus der *sponsio* geklagt werden.[20] Gegen Huschke's Annahme (*l. c.*), als hätte *per iudicis postulationem* über die *sponsio* entschieden werden können, spricht die allgemeine Natur dieser *legis actio*, welche nur zur Festsetzung der ihren Grenzen nach zweifelhaften Rechtsverhältnisse bestimmt war.[21] Unter diesen Umständen ist es höchst unglaublich, dass die *deductio ex conventu* sich erst bei der *in rem actio per sponsionem* entwickelt haben sollte, während bei dem viel älteren Verfahren *per sacramentum* die formlose Erklärung der Parteien genügt hätte, um eine feste Grundlage für die prätorische Anordnung abzugeben. Das Gegentheil wäre viel denkbarer, wenn auch nicht bestritten werden soll, dass, nachdem sich die *deductio* in der alten *legis actio per sacramentum* ausgebildet hatte, sie möglicher Weise auch bei einer beabsichtigten *in rem actio per sponsionem* zur unzweifelhaften Constatirung des Besitzes benutzt wurde.[22] Allmälig fiel die *deductio* ganz fort. Es genügte bei der *legis actio sacramento* die formlose Erklärung der Parteien, wer besitzen solle, um diesem die *vindiciae* zu verschaffen.

---

20) Wenn Gaius IV, 95 ein Sakramentsverfahren über die *sponsio* erwähnt, so mag dies eine Folge der *lex Iulia de iudiciis privatis* gewesen sein, welche gewisse wichtige Prozesse dem Centumviralgerichte sicherte. Diese sollten ihm auch nicht durch ein Verfahren *per sponsionem* entzogen werden.

21) Die Gründe für diese Ansicht sind hier nicht auszuführen. Man vergl. z. B. Keller, Civilpr. §. 17.

22) Wetzell's Ausführung (§. 13), dass auch bei der *in rem actio per sponsionem* ein *vindicias dicere* vorgekommen sei, hat mich nicht überzeugt.

Bei der *in rem actio per sponsionem* kam die Frage nach dem Besitze gar nicht zur Sprache, wenn die Parteien darüber einig waren, wer die Sponsionssumme versprechen und *cautio pro praede litis et vindiciarum* bestellen müsse.

Wollte man gegen die ausgeführte Ansicht von der Bedeutung der *deductio quae moribus fit* darauf Gewicht legen, dass sich das Verfahren nur auf Grundstücke bezieht, während die Einigung der Parteien über den Besitz auch bei einem Prozesse über bewegliche Sachen bindend für den Prätor habe sein müssen, so liesse sich einmal anf die Dürftigkeit der Quellenzeugnisse aus der fraglichen Zeit hinweisen, bei der uns Nachrichten über ein ähnliches Verfahren bei Mobilien sehr wohl entgangen sein könnten. Es ist aber auch denkbar, dass ein solches nie existirt hat, da die gegenwärtige Herrschaft über eine bewegliche Sache im Gerichte selbst auf das unzweideutigste sinnlich wahrnehmbar gemacht werden konnte.

So können wir denn als erwiesen annehmen, dass der Prätor bei der Regulirung der Vindicien an den übereinstimmenden Willen der Parteien gebunden war. Konnte nicht in gleicher Weise die in einem früheren Verfahren abgegebene Entscheidung eines Richters für ihn massgebend sein?

War zwischen den Parteien eine Einigung darüber nicht zu Stande gekommen, wer für die Dauer des Prozesses im Genusse des streitigen Objcktes bleiben sollte, so musste in der älteren Zeit unzweifelhaft der Prätor nach seinem Gutdünken die Vindicien der einen Partei zusprechen. Nicht minder sicher ist es, dass er sich dabei nicht durch regellose Willkür leiten liess, sondern bestimmte Grundsätze beobachtete, die sich allmälig immer fester herausbildeten. Waren thatsächliche Momente festzustellen, so wurden diese von ihm erörtert. Das *vindicias dicere* stützte sich dann auf das Resultat einer *extraordinaria cognitio.* Hier aber musste der Prätor allmälig das Bedürfniss nach Erleichterung empfinden. Die *extraordinariae cognitiones* raubten so viel Zeit, dass sich der Prätor bei der wachsenden Ausdehnung des Reiches und der damit verbundenen Häufung der Geschäfte nicht mehr darauf einlassen konnte, selbst weitläufige

Untersuchungen anzustellen. Ganz von selbst bot sich als Mittel für eine Erleichterung der Geschäftslast das bereits in anderen Fällen entwickelte Interdiktenverfahren dar. Erhob sich ein Streit über das Eigenthum an einer Sache, und konnten sich die Parteien über den Besitz nicht einigen, so erliess der Prätor zunächst einen Befehl, in welchem er den Parteien die Beachtung der Principien auftrug, welche ihn bei der Regelung des Verhältnisses auf Grund einer *extraordinaria cognitio* geleitet haben würden. Führte dies zu keiner Verständigung, weil beide Gegner bei der Beanspruchung des Besitzes in Uebereinstimmung mit dem prätorischen Befehle zu sein behaupteten, so konnte nun durch Sponsionen in der früher beschriebenen Weise ermittelt werden, zu wessen Gunsten nach den im Befehle ausgesprochenen Principien die Entscheidung ausfallen müsse. Stand dies fest, so hatte der Prätor einen Anhalt bei der Regelung der Vindicien gewonnen, ohne seine Zeit durch Untersuchung thatsächlicher Verhältnisse verloren zu haben. Die Entscheidung des Interdiktenverfahrens war für ihn ebenso bindend, wie die unter den Parteien getroffene Uebereinkunft.

In ähnlicher Weise wurden bei der *vindicatio hereditatis* die Vindicien demjenigen gegeben, welcher die *bonorum possessio* agnoscirt hatte. Desshalb wird Verres von Cicero[23] getadelt, weil er in seinem Edikte die Grundsätze, nach denen die *bonorum possessio* zu erwerben sei, nicht ordnungsmässig aufgestellt, und sich dadurch von einer festen Norm für die Ertheilung der Vindicien befreit habe.

Ist das Ausgeführte richtig, so war bereits zu Cicero's Zeit das *conserere manus* und die sich daran schliessende Regelung der Vindicien eine reine Formalität, die, aus alten Zeiten überkommen, festgehalten wurde, ohne irgend welche praktischen Folgen zu haben. Stand ja doch immer schon im Voraus fest, wer den Besitz der streitigen Sache für die Dauer des Prozesses haben würde. So war denn auch das Verständniss der alten Formen verloren gegangen, und es wird erklärlich, wie Cicero in der Rede *pro Murena* c. XII

23) Act. II lib. I c. 45.

über die sinnlosen Ceremonien sich lustig machen konnte. Bis zu den Zeiten von Gellius steigerte sich dann der Mangel an Einsicht in die noch immer conservirten Prozessformen in dem Grade, dass Gellius von einem erfahrenen Lehrer der Grammatik keinen Aufschluss über den Sinn der Worte: *ex iure manum consertum* erhalten konnte, und es für nothwendig erachtete, das, was er darüber *ex iurisconsultis librisque eorum* ermittelt hatte, in seinen *noctes Atticae* sorgfältig zu verzeichnen.[24]

Das schliessliche Ergebniss unserer Untersuchung ist also, dass aus der Regeluug der Vindicien durch den Prätor keineswegs ein Grund gegen die Wahrheit der Quellenaussprüche, welche die Einführung der *interdicta retinendae possessionis* mit der Festsetzung der Parteirollen im Eigenthumsprozesse in Zusammenhang bringen, hergenommen werden kann. Vielmehr hat sich gezeigt, wie auf das natürlichste aus der *extraordinaria cognitio*, die dem *vindicias dicere* vorher gehen musste, der Interdiktenprozess sich entwickeln konnte. Dieses Resultat wird denn auch durch andere Gründe bestätigt.

Diejenigen, welche die Entstehung der *interdicta retinendae possessionis* bei Gelegenheit des Eigenthumsprozesses in Abrede stellen, nehmen an, es habe ursprünglich durch dieselben der Besitzer im Interesse der öffentlichen Ordnung gegen widerrechtliche Eigenmacht geschützt werden sollen. Sie stützen sich dann, abgesehen von dem bereits besprochenen, dem Institute des *vindicias dicere* entnommenen Grunde, auf die Worte des Interdiktes, in welchem der Prätor ausdrücklich das *vim fieri* untersagt.[25] Es handelt sich aber bei dem *interdictum uti possidetis* gar nicht um eine Gewalt, die im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung ausgeschlossen werden müsste. Savigny hat in demselben Kapitel, in welchem er jenen Grund besonders betont, selbst ausgeführt, wie als *vis* im Sinne des Interdiktes jede Handlung aufgefasst werden müsse, durch welche die unbeschränkte Benutzung der Sache durch den Besitzer in irgend

---

24) Lib. XX, 10. 25) Vergl. bes. Savigny §. 37.

einer Weise gestört werde. Dass gegen eine derartige Verletzung des Besitzers als solchen schon zu den Zeiten der *legis actiones* selbständige Rechtsmittel gewährt seien, ist auf das äusserste unwahrscheinlich. Es würde dies eine ausgebildete Theorie des Besitzes voraussetzen, wie sie selbst dem klassischen Rechte fremd gewesen ist. Denn noch zu den Zeiten der grossen Juristen hatte, wie sich später noch weiter zeigen wird, der Besitzer nicht ohne weiteres eine Klage gegen denjenigen, der ihn in seiner thatsächlichen Herrschaft über die Sache gestört hatte. Es musste ein besonderes Verbot der Eigenmacht durch den Prätor vorausgegangen sein. Damit hängt zusammen, dass das Interdikt nie zum Ersatze des durch bereits stattgehabte Störungen angerichteten Schadens führte. Es war ja prohibitorisch, nicht restitutorisch. Auch diese Thatsache spricht gegen die Annahme, als habe durch dasselbe ursprünglich der Besitzer gegen eigenmächtige Verletzung seines Verhältnisses zur Sache geschützt werden sollen. Wäre dies der Fall gewesen, so hätte man das gewährte Rechtsmittel sicher so eingerichtet, dass es zu einem Ersatze des durch Eigenmacht angerichteten Schadens verholfen hätte. Es würde restitutorisch, nicht prohibitorisch gewesen sein. Nicht minder auffallend als der prohibitive Inhalt des Befehles wäre ferner auch die gleichmässige Anrede beider Parteien, wenn es sich um ein Rechtsmittel handelte, welches von vorn herein gegen einseitigen Angriff gerichtet war. Als Schutzmittel gegen einseitige Rechtsverletzungen hätte es sicher die Form eines *interdictum simplex* erhalten. Dagegen findet die Fassung des Interdiktes eine vollständig befriedigende Erklärung, wenn wir den Anschluss an das *vindicias dicere* festhalten.

Es ist schon oben darauf hingedeutet, wie der durch die Regelung der Vindicien herbeigeführte provisorische Zustand unter dem besonderen Schutze des Prätors stehen musste. Hatte einmal der Magistrat der einen Partei den Besitz des streitigen Objektes zugewiesen, so musste nun eine jede Störung unterbleiben, weil ohne dies der Zweck der Anordnung vereitelt worden wäre. Es scheint mir nun sehr wahrscheinlich, dass Seitens des Prätors diese Pflicht

dem Kläger noch besonders eingeschärft wurde, so dass wir hier den Ursprung des *vim fieri veto* zu suchen haben. Jedes Eingreifen in den geregelten Besitzstand erschien dann als eine Handlung gegen den prätorischen Befehl, und wurde als solche mit einer *multa* belegt. Als sich später der Prätor durch die Benutzung des Interdiktenverfahrens von der Untersuchung der thatsächlichen Verhältnisse befreite, ertheilte er jenen Befehl beiden Parteien, da er es zunächst dahingestellt sein lassen musste, wer durch denselben gebunden werde. Desshalb war aber auch der Befehl materiell bedingt abgefasst, diejenigen Voraussetzungen bezeichnend, welche bei der *extraordinara cognitio* für das *vindicias dicere* massgebend gewesen sein würden. So erklärt sich sowohl die prohibitive Fassung des Interdiktes, als auch die Duplicität. Beide Eigenschaften musste das Interdikt vereinigen, wenn der hier behauptete Entwickelungsgang der richtige ist, während beide ungerechtfertigt sein würden, wenn durch dasselbe von vorn herein einseitige Eingriffe in den Besitz hätten zurückgewiesen werden sollen. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass das Interdikt, nachdem es sich einmal zur Feststellung eines zweifelhaften Besitzes als *duplex* entwickelt hatte, auch in dieser Form benutzt werden konnte, um einen gar nicht geleugneten Besitz gegen Störungen zu sichern, wie dies später noch weiter zu erörtern sein wird.

Endlich lässt sich noch ein besonders gewichtiger Grund für die Wahrheit der aufgestellten Vermuthung dem *interdictum utrubi* entnehmen. Dass dies nicht vorzugsweise dazu bestimmt war, den Besitz gegen ordnungswidrige Eigenmacht zu schützen, vielmehr den Besitzstand für das *petitorium* regeln sollte, dürfte wohl allseitig zugegeben werden, wenn man erwägt, dass wegen des Erfordernisses eines Besitzes *maiore parte anni* ein Sieg selbst gegen den *bonae fidei possessor* erfochten werden konnte. Es fand sich desshalb in der Formel des Interdiktes auch nur das Verbot, der Ergreifung der streitigen Sache (*ducere*) durch denjenigen, welchen der Prätor als *possessor superior* erachtete, ein Hinderniss in den Weg zu legen, so dass hier nicht einmal scheinbar auf eine gewaltsame Störung eines vorhandenen

Besitzes hingewiesen wurde.[26] Ueberall sind nun aber das *interdictum uti possidetis* und das *interdictum utrubi* als vollständig gleichartige Rechtsmittel zusammengestellt. Dass sie zu verschiedenen Zeiten oder zu verschiedenen Zwecken eingeführt seien, wird durch nichts angedeutet, und es ist desshalb vollkommen gerechtfertigt, wenn man von dem einen Folgerungen zieht für die rechtliche Natur des anderen.

Aber wenn wir auch bestreiten müssen, dass die *interdicta retinendae possessionis* ursprünglich die Bestimmung gehabt haben, den Besitzer als solchen gegen Eigenmacht zu schützen, so ist damit noch nicht ausgesprochen, dass in den älteren Zeiten ein solcher Schutz unter keinen Umständen gewährt sei. Vielmehr erscheint es als höchst wahrscheinlich, dass schon früh eingeschritten wurde gegen offenbare Gewalt, die in einem Staate, sobald die rechtliche Ordnung sich befestigt hat, nicht geduldet werden kann. Der Schutz gegen rohe Gewaltthätigkeit, gegen *vis atrox,* durfte nicht abhängig gemacht sein von der Zuständigkeit eines civilrechtlich anerkannten Rechtes an der Sache, in Bezug auf welche man Gewalt erfahren hatte. Handelte es sich um gewaltsame Entziehung beweglicher Sachen, so genügten die dem Bestohlenen schon durch das Civilrecht gewährten Rechtsmittel, da ja die Momente eines Diebstahls auch in dem Raube gegeben waren, und man es mit dem Beweise

26) Die Thatsache, dass der Prätor bei dem *interd. uti possidetis* das *vim fieri quominus possideatur*, bei dem *interd. utrubi* das *vim fieri quominus ducatur* untersagt, erklärt sich wohl aus der verschiedenen Natur des Besitzes an Grundstücken und an beweglichen Sachen. Während jene regelmässig nicht so von dem Besitzer beherrscht werden können, dass dieser in jedem Augenblicke fremde Einwirkung zurückzuweisen vermag, vielmehr die Ausübung des Besitzes nur in wiederkehrenden Besitzhandlungen besteht, zwischen denen das Grundstück unbewacht liegen bleibt, sind bewegliche Sachen so in der Gewalt des Besitzers, dass ein Dritter die Herrschaft ganz aufheben muss, um selbst eine Benutzung der Sache vornehmen zu können. Dort musste desshalb jede Handlung untersagt werden, welche, ohne den Besitz des Gegners aufzuheben, als Störung desselben erschien. Hier genügte das Verbot, dem nach Ansicht des Prätors zum interimistischen Besitze Berechtigten die Aneignung zu erschweren, da die einmal erlangte thatsächliche Herrschaft schon durch die gegen eigenmächtige Entziehung einer beweglichen Sache gewährten Rechtsmittel genügend gesichert war.

eines zur Begründung der *actio furti* erforderlichen Interesses[27] ursprünglich nicht allzugenau nehmen mochte. Den Besitzer eines Grundstückes wird zunächst der Prätor in der Ausübung seines Rechtes, den gewaltsamen Angriff gewaltsam zurückzuweisen, *extraordinarie* unterstützt haben. Sicherlich gab er ihm aber schon früh einen geregelten Schutz in dem *interdictum unde vi*, in welchem er dem Dejicienten die Restitution des occupirten Grundstückes anbefahl. Wahrscheinlich ist es sogar, dass dem *interdictum unde vi* ein höheres Alter zuzuschreiben sei, als dem *interdictum uti possidetis*. Eine Bestätigung findet diese Annahme in der Ordnung, in welcher diese beiden Interdikte im prätorischen Edikte standen. Nicht nur deutet die Titelfolge der Pandekten darauf hin, dass sich im Edikte das *interdictum uti possidetis* an das vorhergehende *interdictum unde vi* anschloss; es wird diese Reihenfolge auch ausdrücklich bestätigt durch Ulpian, welcher in *l.* 1 §. 4 *uti poss.* 43, 17 von dem *interd. uti poss.* sagt: *Et consequenter proponitur post interdictum unde vi.* Der innere Grund, den er für diese Ordnung angiebt: *illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur ne amittatur* dürfte wenig entscheidend sein, da man aus logischen Gründen eben so gut und vielleicht besser die umgekehrte Folge würde rechtfertigen können. Der wahre Grund für die Ediktsordnung ist auch gar nicht eine doktrinäre Erwägung, sondern der historische Gang der Entwickelung.

Ob dies Rechtsmittel zunächst zu Gunsten eines *possessor* von *ager publicus* entwickelt sei, mag dahingestellt bleiben. Wahrscheinlich ist es mir nicht, wenn ich auch nicht zweifle, dass auch ein solcher *possessor* von demselben Gebrauch machen konnte.

Auch das *interdictum de precario* mag älter sein als das *interdictum uti possidetis.* Dafür spricht namentlich die auf eine Entstehung in sehr alter Zeit hinweisende Natur des *precarium.* Die von Niebuhr[28] aufgestellte, von Savigny[29] weiter ausgeführte Vermuthung, das *precarium* sei ursprüng-

---

27) *l.* 53 §. 4 u. *l.* 71 §. 1 *de furtis* 47, 2.

28) Röm. Gesch. Thl. II S. 167 ff. 29) Recht des Besitzes, §. 42.



lich ein zwischen dem Patron und seinem Klienten begründetes faktisches Verhältniss gewesen, wonach jener diesem einen Theil des occupirten *ager publicus* zur Benutzung auf beliebigen Widerruf überlassen habe, erscheint sehr begründet. Sie rechtfertigt aber die Annahme, dass schon früh der Prätor dem Patron in geregelter Weise Hülfe geleistet habe, wenn der Klient die Restitution des erhaltenen Grundstückes verweigerte. Erst allmälig mag dies Geschäft unter von einander unabhängigen Personen über Sachen im Privateigenthume abgeschlossen worden sein. Es wurde dann auch auf diese Fälle das *interdictum de precario* ausgedehnt, und in die Formel der *interdicta retinendae possessionis* die *exceptio precariae possessionis* aufgenommen.

Dass jemals ein selbständiges *interdictum de clandestina possessione* mit Rücksicht auf Privatgrundstücke, die vindicirt werden konnten, aufgestellt sei, bezweifle ich. Heimliche Occupation war nicht ein Akt, der die öffentliche Ordnung so sehr gefährdete, dass ein selbständiges Einschreiten des Prätors als ein Bedürfniss gefühlt wurde. Handelte es sich um bewegliche Sachen, so gab das Civilrecht eine Klage, weil der Bestohlene durch die heimliche Occupation regelmässig die Möglichkeit verlor, die Sache selbst, deren Aufenthalt er nicht kannte, oder die vielleicht ganz untergegangen war, sich wieder anzueignen. Bei Grundstücken konnte der frühere Besitzer einen Vertreibungsversuch anstellen, und wenn ihm dabei gewaltsam Widerstand geleistet wurde, so erlangte er dadurch das *interdictum unde vi.* Wagte er einen solchen Versuch nicht, so genügte es, dass der Prätor ihm bei der Anstellung der *rei vindicatio* die *vindiciae* gab, wesshalb er später in der Formel der *interdicta retinendae possessionis* auch die *clandestinitas* der *possessio* berücksichtigte. So konnte, wie sich unten noch weiter ergeben wird, allmälig auch ohne petitorische Klage der heimlich entzogene Besitz wieder erlangt werden, wodurch die einzige Stelle des *corpus iuris,* welche auf die Existenz eines *interdictum de clandestina possessione* hinzuweisen scheint, die *l.* 7 §. 5 *comm. div.* 10, 3, hinreichende Erklärung findet.[30] Dagegen mag es

30) Wenn man gewöhnlich das Stillschweigen der Pandekten über ein *interdictum de clandestina possessione* durch die Behauptung zu erklären

eigene Interdikte gegeben haben, durch welche der mit staatlicher Genehmigung Theile des *ager publicus* besitzende römische Bürger gegen eigenmächtige Störungen aller Art, und namentlich auch gegen heimliche Entziehung gesichert wurde. Denn es ist zuzugeben, dass die *possessio* am *ager publicus* nicht ohne Schutz gegen Willkür, auch wenn sie nicht in Form einer gewaltsamen Entsetzung auftrat, gesichert sein musste, während sich aus den früheren Untersuchungen ergeben hat, dass das *interdictum uti possidetis* mit diesem Verhältnisse in keinem Zusammenhange stand. Möglich ist allerdings, dass, als jenes Interdikt im Laufe seiner Entwickelung unabhängig wurde vom Eigenthumsprozesse, man es auch dem *possessor* des *ager publicus* einräumte. Doch lässt sich die Fortexistenz selbständiger Interdikte zu Gunsten eines solchen *possessor*, von denen wegen des gänzlichen Verschwindens des alten *ager publicus* keine Nachricht auf uns gekommen ist, ebenso gut annehmen.

III. Das Verfahren bei gegenseitigem Besitzanspruche.

Es hat sich bisher gezeigt, wie der Grund für die erste Ausbildung des *interdictum uti possidetis* in dem Bedürfnisse des Prätors zu suchen ist, die für die Regelung der Vin-

sucht, es gebe im neueren Rechte keine *clandestina possessio* an Grundstücken, so verweise ich dagegen auf meinen Aufsatz in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess N. F. XVIII. III—VIII. Selbst wenn die Ansicht richtig wäre, dass der heimliche Occupant bis zur Benachrichtigung des Besitzers keinen Besitz habe, so müsste doch seine *possessio* als *clandestina* angesehen werden, nachdem der frühere Besitzer aus Furcht die Frist zur eigenmächtigen Vertreibung unbenutzt hat vorüber gehen lassen, da das ursprüngliche *vitium* bei der Occupation nicht durch das einseitige Aufgeben des Besitzes Seitens des früheren Besitzers gehoben werden kann. Auch die Stelle Cicero's *adv. Rullum* III. c. 3 beweist nicht, dass es zu Cicero's Zeit ein besonderes *interdictum de clandestina possessione* gegeben hat. Sie spricht nur aus, dass der heimlich occupirte Besitz nicht als rechtlich erworben behandelt werden dürfe.

dicien wichtigen Thatsachen durch einen Richter in den Formen des Legisactionenprozesses erörtern zu lassen. Nunmehr wird der Gang des Verfahrens näher zu prüfen und dabei zu untersuchen sein, wie sich das Interdikt allmälig zu einem selbständigen Rechtsmittel herausgebildet hat.

Wenn zwischen zwei Parteien ein Streit ausbrach und sie sich zum Beginn eines Prozesses vor dem Prätor einfanden, so wurden nicht ohne weiteres die feierlichen Worte der *legis actio* ausgesprochen. Es bezeichnete ohne Zweifel der Kläger zunächst in formloser Weise die Natur seines Anspruches. Der Verklagte konnte dann ganz oder zum Theil das Klagerecht anerkennen, es konnte von der einen oder der anderen Seite die Zuschiebung eines Eides erfolgen, auch waren anderweite formlose Verhandlungen sicher nicht ausgeschlossen. Stellte sich der Streit als ein Prozess über das Eigenthum an einer Sache heraus, so hatte sich der Prätor, nachdem einmal das Interdiktenverfahren als Mittel zur Vorbereitung des *vindicias dicere* aufgekommen war, noch vor Beginn der feierlichen Parteihandlungen darüber Gewissheit zu verschaffen, ob eine Einigung über den Besitz während des Prozesses und die wohl schon früh damit verbundene Rolle des Verklagten stattgefunden habe. War dies nicht der Fall, so verwies er die Parteien zunächst auf das *interdictum retinendae possessionis*. Die Frage nach dem gegenwärtigen Besitze musste zuvörderst entschieden werden, damit dann die *legis actio* ohne Unterbrechung vor sich gehen konnte. So sagt noch Ulpian mit einem für den Prozess *per legis actionem* besonders gut passenden Ausdrucke: *Sed si inter ipsos contendatur uter possideat —— ad hoc interdictum remittuntur.*[1] Wir haben uns also wohl von jeher das *interdictum* nicht als einen Bestandtheil des Eigenthumsprozesses, sondern als eine formell selbständige Vorbereitung desselben zu denken.

Der Befehl des Prätors war prohibitorisch und an beide Parteien gerichtet. Ich habe auszuführen versucht, wie der Prätor zu der Bildung seines Interdiktes kam, indem er an den in älterer Zeit nach Regelung der Vindicien ausgespro-

1) *l.* 1 §. 3 *uti poss.* 43, 17.

chenen einseitigen Befehl: *vim fieri veto* anknüpfte. Durch die zweiseitige Fassung und die Hinweisung auf die *vitia possessionis* wurde jener Befehl so umgestaltet, dass er nunmehr nur das Princip, welches der Prätor für massgebend erachtete, in imperativer Form hinstellte. Dadurch war den Parteien die Möglichkeit gegeben, weitere Untersuchungen über den Besitzstand durch freiwillige Verständigung auszuschliessen, zu welcher der seines Nichtbesitzes sich Bewusste um so eher geneigt sein mochte, als ihm die Gefahr einer Succumbenzstrafe bei der nothwendig werdenden Entscheidung durch den Richter bekannt war. Eine sofortige Entschliessung wurde nicht verlangt. Das Verfahren war zunächst mit dem Ausspruche des Interdiktes beendigt. Einigten sich die Parteien dann später über den Besitz, so werden sie in älterer Zeit dieser Einigung einen sinnlichen Ausdruck in der *deductio quae moribus fit* gegeben, und so den Fortgang der Vindikation eingeleitet haben, bis dann allmälig auch die formlose Erklärung, wer Besitzer sein solle, für den Prätor bei der Ertheilung der Vindicien genügte. Im entgegengesetzten Falle kam es zu einem weiteren Verfahren erst dann, wenn jede Partei fortfuhr, Besitzhandlungen vorzunehmen, und dadurch dem Gegner Veranlassung zu der Behauptung gab, sie habe sich ungehorsam gegen den prätorischen Befehl erwiesen. Nunmehr trat auf das Ansuchen eines der Gegner der Zwang zum Abschlusse von Sponsionen ein. Jeder liess sich vom Anderen eine bestimmte Summe Geldes versprechen für den Fall, dass dieser dem Befehle des Prätors nicht nachgekommen sei. Dass dem Sinne nach Huschke's Restitution der bei Gaius IV. §. 166 nicht ganz leserlichen Sponsionsformel: *si adversus edictum praetoris possidenti mihi a te vis facta est* vollkommen genau ist, wird von keiner Seite bestritten, und kann auch nach Gaius IV. 141 und Cicero *pro Caecina* c. 8 u. 16 kaum angezweifelt werden. Jeder Sponsion entsprach eine Restipulation: *si adversus edictum praetoris possidenti tibi a me vis facta non est*, so dass also im Ganzen viermal ein Summenversprechen abgegeben wurde. Ob, wie Huschke[2]

2) Zeitschr. XIII S. 334.

behauptet, und gegen Schmidt[3] in seiner „Gaius" betitelten Schrift[4] wieder vertheidigt hat, der unleserliche Theil des §. 166 von der Möglichkeit gehandelt hat, die *sponsio* und die der gegnerischen *sponsio* entsprechende *restipulatio* zu einer *stipulatio* zu verbinden, kann als praktisch gleichgültig dahin gestellt bleiben. Doch werde ich auf diesen Theil der Stelle aus einem anderen Grunde später noch einmal zurückzukommen haben.

Aus den Sponsionen wurde sodann im gewöhnlichen Prozessverfahren auf die Zahlung der bedingungsweise versprochenen Summe geklagt. Dadurch musste auch eine Entscheidung über die Frage, wer durch seine fortgesetzte Besitzhandlung gegen den Befehl des Prätors gehandelt habe, wer also umgekehrt als gegenwärtiger, nicht vitiöser Besitzer anzusehen sei, gewonnen werden. Nun hatte der Prätor einen Anhalt für die Zutheilung der Vindicien, und es ist wohl denkbar, dass in der älteren Zeit, als das Interdiktenverfahren regelmässig zur Vorbereitung des Vindikationsprozesses eingeleitet wurde, ein besonderes *iudicium secutorium* gar nicht nöthig war, vielmehr der Prätor sofort die Vindicien zusprach, und seinen Spruch unmittelbar realisirte. Es musste sich aber jedenfalls bald die Möglichkeit herausstellen, dass derjenige, welcher im Streite über den Besitz unterlag und desshalb zur Durchführung seines Eigenthumsanspruches als Kläger hätte auftreten müssen, den Versuch der gerichtlichen Erstreitung des fraglichen Gegenstandes gar nicht machen würde. Auch konnte die schliessliche Durchführung des prätorischen Befehles nicht der Regelung der Vindicien vorbehalten bleiben, wenn nicht mit *legis actio per sacramentum*, sondern *per sponsionem* die Frage nach dem Eigenthume entschieden werden sollte. Desshalb musste sich sehr bald, wenn nicht von vorn herein, ein selbständiges *iudicium secutorium* an die Entscheidung des Sponsionsprozesses anschliessen. Bevor wir jedoch auf dasselbe näher eingehen können, ist ein anderes Verfahren, welches sicherlich von Anfang an ein Bestandtheil des Interdiktenprozesses war, in seiner Bedeutung und Wirkung zu erörtern.

3) Interd. S. 287. 4) S. 194.

Wir sahen oben, wie der Prätor bei dem alten Vindikationsprozesse durch die Ertheilung der Vindicien an eine der Parteien einen interimistischen, unter seinen besonderen Schutz gestellten Zustand herbeiführte, um alle eigenmächtigen Handlungen der Streitenden für die Dauer des Prozesses auszuschliessen. Nachdem sich aus der dazu erforderlichen Untersuchung der thatsächlichen Verhältnisse ein neues selbständiges Prozessverfahren entwickelt hatte, dessen Dauer selbst wieder einen längeren Zeitraum ausfüllen konnte, erschien auch hierfür eine vorläufige Regelung des Besitzstandes als wünschenswerth. Während man aber auf der einen Seite das ganz subjektive Ermessen des Prätors nicht entscheiden lassen wollte, auf der anderen jedoch die höchste Beschleunigung als geboten anerkannte, verfiel man auf einen Ausweg, der zwar zunächst etwas befremdendes hat, dessen praktischer Werth aber nicht zu bestreiten ist. Es wurde demjenigen die thatsächliche Herrschaft über die Sache vorläufig eingeräumt, der sich für den Fall seines Unterliegens zur Entrichtung der höchsten Strafsumme verpflichtete. Wer dies sei, ergab sich aus einer von dem Prätor zwischen den Parteien veranstalteten Versteigerung der interimistischen Detention, der *fructus licitatio*. Die durch das höchste Gebot gegebene Summe musste der Sieger in der *fructus licitatio* in civilrechtlich bindender Weise dem Gegner für den Fall des Unterliegens im Sponsionsprozesse versprechen.[5] Dies genügte aber nicht. Die in der Licitation gebotene Summe sollte nicht ein Kaufpreis sein für die Früchte während der Dauer des Prozesses. Sie stellte vielmehr nur eine Strafe dar, zu welcher man sich freiwillig verpflichtete für den Fall, dass man den in Wahrheit dem Gegner zustehenden Besitz sich vorübergehend verschafft habe:

5) Die früher von Rudorff (Zeitschrift XI S. 356) aufgestellte Ansicht, wonach der Besiegte auf die Zahlung der Licitationssumme eine selbständige *actio venditi* gehabt habe, scheint von ihm selbst aufgegeben zu sein. Rechtsgesch. II. §. 53. Wenn in den nur lückenweis zu entziffernden Zeichen des §. 166 das Wort „*vendit*" zu erkennen ist, so kann sich dasselbe nur auf den Prätor beziehen, von dem wegen der Anwendung des den öffentlichen Verkäufen besonders eigenthümlichen Verfahrens der Licitation in einem nicht ganz technischen Sinne „*vendit possessionem*" gesagt sein mag.

Gaius IV. §. 167: — *summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est.*

Daraus folgte, was uns von Gaius IV. §. 167 noch ausdrücklich bestätigt wird, dass auch die in der Zeit des Prozesses von dem Sieger in der Licitation gezogenen Früchte bei seinem Unterliegen im Sponsionsprozesse restituirt werden mussten. Auch diese Leistung war besonders zu versprechen. Sie machte mit der Licitationssumme zusammen das Objekt des Versprechens aus, welches bei Gaius im §. 169 mit dem Ausdrucke *fructuaria stipulatio* bezeichnet wird. Wäre die Vermuthung richtig, dass sich in der ältesten Zeit ohne besonderes auf die Erlangung der streitigen Sache gerichtetes *iudicium secutorium* unmittelbar an die Entscheidung aus dem Sponsionsprozesse das *vindicias dicere* angeschlossen habe, so läge schon hierin der Beweis dafür, dass die *fructuaria stipulatio* das Versprechen, die Früchte eventuell zu restituiren, mit umfasst habe, da es ohnedies offenbar an einem Mittel zur Erlangung der gezogenen Früchte gefehlt haben würde. Aber wenn man auch jene Vermuthung für zu wenig sicher ansehen sollte, um weitere Folgerungen daraus zu ziehen, so braucht man desshalb noch nicht den behaupteten Inhalt der *fructuaria stipulatio* fallen zu lassen.

Dafür spricht ganz selbständig der Name „*fructuaria stipulatio*", welcher eine volle Berechtigung erst dann erlangt, wenn die Früchte selbst einen Theil der versprochenen Leistung ausmachten. Auch das *iudicium*, welches in späterer Zeit die *stipulatio* unnöthig machte und mit einer *formula in factum concepta* dem Sieger im Besitzstreite dasjenige sicherte, was er sich früher besonders hatte versprechen lassen müssen, wird *fructuarium iudicium* benannt, und weist also gleichfalls in seiner Bezeichnung auf die Früchte als Objekt des Streites hin. Dazu kommt, dass als Gegenstand des *Cascellianum iudicium*, das Viele[6] auf die Sache mit den Früchten gerichtet sein lassen, von Gaius §. 166 ausdrück-

6) Vergl. z. B. Puchta, Inst. §. 169. Schmidt, Interd. S. 288 ff. Böcking, Instit. III §. 48.

lich nur die *restitutio possessionis* angegeben wird, wesshalb eine Ausdehnung desselben auf die Früchte als höchst gewagt erscheint. Es hat desshalb Huschke mit seiner Restitution der Lücke im §. 169 wohl das Richtige getroffen, wenn er liest: *liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione — de fructibus et de fructus licitatione agere.*

Rudorff[7] nimmt an, der Ersatz der Früchte sei dadurch geleistet worden, dass der Sieger in der Licitation die doppelte Licitationssumme versprochen habe. Die Licitation habe also zugleich eine Selbstschätzung der Früchte enthalten. Diese Ansicht dürfte aber dem Berichte, wie wir ihn bei Gaius finden, nicht entsprechen. Es wird dort im §. 167 ausdrücklich gesagt: „*fructus, quos interea percepit, reddit*", während bei der unmittelbar an jene Worte sich anschliessenden Erklärung der *summa licitationis* ausschliesslich der pönale Charakter hervorgehoben wird. Auch wäre jene Massregel kaum eine praktisch empfehlenswerthe gewesen. Da die Dauer des Prozesses gar nicht immer im Voraus zu übersehen war, so hätte die Selbstschätzung sehr häufig den Charakter eines ganz unnöthigen Glückspieles gehabt, und obenein würde in jener Einrichtung eine ungerechtfertigte Beschränkung der Parteien gelegen haben, welche dadurch gezwungen worden wären, bei der Licitation stets eine Strafe zu riskiren, deren Höhe dem Werthe der während des Prozesses gezogenen Früchte gleich kam. Dagegen kann nicht in Betracht kommen, dass nach altem Rechte derjenige, *qui falsas vindicias tulit*, zum doppelten Ersatze der Früchte genöthigt wurde. Denn unmöglich kann die Thatsache, dass unter Umständen der wirklich ermittelte Werth der Früchte zur Strafe für das Unterliegen im Prozesse doppelt geleistet wurde, einen Beweis dafür abgeben, dass umgekehrt in einem anderen Falle der Betrag der Strafe für die ungerechtfertigte Anmassung des Besitzes als Aequivalent galt für die wirklich gezogenen Früchte.

Nach meiner Ansicht diente also die *fructus licitatio* ausschliesslich dazu, einen möglichst wenig Zeit raubenden

7) Rechtsgesch. II. §. 53.

Ausweg für die vorläufige Regelung der thatsächlichen Herrschaft über die Sache zu gewähren. Dass sie, wie Schmidt[8] unter Beistimmung von Rudorff[9] behauptet, zugleich für die Festsetzung der Parteirollen massgebend gewesen sei, halte ich nicht für richtig. Vielmehr war, soweit überhaupt bei der streng durchgeführten Duplicität des Verfahrens von einem Unterschiede der Parteirollen gesprochen werden konnte, derjenige Kläger, welcher zuerst eine Störung seines Besitzes durch den Gegner behauptet und denselben *in ius* vocirt hatte. Nach Abschluss der Sponsionen klagte dann ein Jeder aus den ihm ertheilten Summenversprechen. Noch weniger aber kann ich mich mit dem zuerst von Keller[10] angeregten Gedanken befreunden, als sei in der *fructus licitatio* regelmässig die *vis contra edictum Praetoris* zu suchen. Mir scheint diese Ansicht schon von Bruns[11] überzeugend widerlegt zu sein. Sie ist ein Ergebniss der irrthümlichen Annahme, als habe sich der Sponsionsprozess stets unmittelbar an den Ausspruch des Prätors anschliessen müssen, wobei dann freilich nichts übrig bleibt, als in dem Mittel zur Regelung des thatsächlichen Verhältnisses während des bereits schwebenden Prozesses zugleich auch die Grundlage für den geltend zu machenden Anspruch zu suchen. Aber wenn schon bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria,* welche doch ihre thatsächliche Begründung in der Vergangenheit fanden, zwischen dem *interdictum redditum* und dem Sponsionsprozesse häufig ein längerer Zwischenraum lag, wie bei der Anordnung des Sponsionsverfahrens: *si taciti ex iure exierint*[12] nicht zweifelhaft sein kann, so war doch wohl bei den *interdicta prohibitoria,* welche zukünftige Handlungen verhindern sollten, ein Abwarten, ob nicht Gehorsam geleistet werden würde, doppelt gerechtfertigt. Hätte der Prätor nur eine *vis* ausschliessen wollen, die er dann selbst in der Veranstaltung der *licitatio* erzwang, hätte er also sein *vim fieri veto* nur ausgesprochen, um einen Inhalt für Sponsionen zu gewinnen, so würde er wahrlich naturgemässer zu

8) Interd. S. 288 ff. 9) Rechtsgesch. II. §. 53.
10) Zeitschr. XI S. 316 ff. 11) Besitz, §. 6 S. 41 ff.
12) *Gaius IV.* §. 165.

Werke gegangen sein, wenn er die streitenden Parteien zu ähnlichen Sponsionen über das Vorhandensein des gegenwärtigen Besitzes genöthigt hätte, wie sie uns bei der *in rem actio per sponsionem* begegnen. Es ist uns denn auch in dem c. 16 der Rede Cicero's *pro Caecina* ein unzweideutiger Beweis überliefert, dass die *vis contra edictum* längere Zeit nach dem ausgesprochenen Verbote stattfinden konnte. Denn wenn Cicero als Sponsionsformel Jemandes, der auf seinem Felde Bewaffnete ankommen sieht und sich desshalb entfernt, die Worte anführt: *ni adversus edictum Praetoris vis facta esset,* so kann diese sich nur auf das *interdictum uti possidetis* beziehen, da Cicero in derselben Rede wiederholt den Inhalt der Stipulationsformel bei dem *interdictum unde vi* dahin angiebt: *si contra edictum Praetoris non restitutum sit.*[13] Zu der *fructus licitatio* kam es erst, wenn bereits Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl behauptet wurde. Dabei konnte sicher von jeder Partei, die sich ihres Besitzes nicht ganz gewiss war, auf das Bieten in der Licitation verzichtet werden. Wie hätte sonst die Licitationssumme als Strafe bezeichnet werden können: *quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere, et facultatem fruendi nancisci conatus est?* Nach der gegnerischen Meinung war ein solches Abstehen vom Licitationskampfe nicht gestattet und wurde mit dem Verluste des Prozesses bestraft. Wie sollte aber vorgegangen werden, wenn eine Partei erklärte, gleich das erste Gebot des Gegners sei ihr zu hoch? Wurde sie trotzdem zu einem höheren gezwungen, oder genügte schon zur Annahme einer *vis* die Erklärung, dass man sich bei einem niedrigeren Gebote des Gegners auf eine Steigerung eingelassen haben würde?

Wäre es der Zweck der *fructus licitatio* gewesen, die Parteien zu einer harmlosen *vis*, die aber eine Entscheidung *ex sponsione* möglich machte, zu nöthigen, so würde sicherlich dies Verfahren auch bei dem *interdictum utrubi* angewendet sein, während es uns von Gaius als eine Eigenthümlichkeit des *interdictum uti possidetis* geschildert wird. Da

---

13) Andere Beispiele werden uns noch in dem Abschnitte über das Interdikt gegen einseitige Störungen entgegentreten.

es jedoch in Wahrheit nur zur Regelung des vorläufigen Besitzes diente, so bedurfte man seiner nicht bei dem *interdictum utrubi*, bei welchem ein anderer Ausweg für die interimistische Festsetzung des Besitzstandes näher lag. Bei beweglichen Sachen konnte nicht wohl ein Zweifel darüber obwalten, wer die Sache zuletzt in Händen gehabt habe. Dieser behielt sie auch für die Dauer des Besitzstreites, was um so weniger Bedenken erregen konnte, als Früchte von einer beweglichen Sache der Regel nach nicht producirt werden. In den wenigen Ausnahmsfällen mochten diese zugleich mit der Sache vom Sieger im *iudicium secutorium* gefordert werden können. Wenn Keller[14] gerade aus der Unanwendbarkeit der *fructus licitatio* bei dem *interdictum utrubi* einen Grund für seine Meinung hernimmt, da bei diesem Verfahren jedenfalls das *ducere* des gegenwärtigen Sklaven Veranlassung zu einem *vim facere* gegeben habe, und dieses letztere als eine der *fructus licitatio* parallel gehende, sie ersetzende Handlung angesehen werden müsse, so ist doch die Kraft dieser Beweisführung durchaus bedingt durch die Richtigkeit der Annahme, dass sich an das Interdikt stets sogleich das Sponsionsverfahren habe anschliessen müssen, und fällt mit dieser Voraussetzung weg.

Die bisherigen Ausführungen sollen aber nicht in Abrede stellen, dass die Frage, wer gegenwärtiger Besitzer sei, unmittelbar im Anschlusse an das Interdikt des Prätors entschieden werden konnte. Es mochte häufig vorkommen, dass beide Parteien fest entschlossen waren, die Behauptung ihres gegenwärtigen Besitzes aufrecht zu erhalten, und nun wünschten, möglichst bald eine Entscheidung darüber herbeizuführen. Bruns l. c. denkt an eine *vis ex conventu*, die aber doch wohl einen Gang auf das fragliche Grundstück nothwendig gemacht haben würde. Schmidt[15] will desshalb durch die Annahme helfen, dass sich die beiden Parteien gegenseitig zu einem Zugeständnisse der *vis* geeinigt hätten. Beides kann richtig sein. Doch glaube ich, dass man in einem solchen Falle schon in der bestimmten Erklärung, dem Gegner nicht weichen zu wollen, eine *vis* im Sinne des

14) Zeitschr. XI. S. 319. 15) Interdikte, S. 55.

Prätors fand. Diese brauchte ja nicht eine *vis atrox* zu sein, und ein Angriff auf den Besitz lag schon in der ausgesprochenen Absicht, dem Gegner die thatsächliche Herrschaft über die Sache nicht überlassen zu wollen.

Wenn die *vis* in einer derartigen Erklärung bestand, so wurde es besonders klar, wie der Kern der richterlichen Untersuchung in der Frage liege, wer als gegenwärtiger Besitzer anzusehen sei. Obschon desshalb ein Zweifel darüber nicht obwalten kann, dass der Richterspruch über die Forderungen aus den *sponsiones* entschied, wesshalb wiederholt als Beweisthema bei der Klage aus den *sponsiones* der Inhalt der Bedingung: *si aliquid contra praetoris edictum factum sit* angegeben wird[16], so finden wir doch mehrfach die Entscheidung über den gegenwärtigen Besitz als das Resultat des Prozesses bezeichnet. So sagt Gaius IV. §. 166:

> *iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est, uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit.*

und in gleicher Weise äussert sich Ulpian in *l.* 35 *de a. v. a. p.* 41, 2:

> *Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet iudex, uter possideat.*

Es fragt sich schliesslich, wie das Verhältniss des Siegers in der Licitation zu der in seine thatsächliche Herrschaft gebrachten Sache juristisch aufzufassen sei? Der Text des §. 166, in welchem Gaius die Bedeutung der *fructus licitatio* bespricht, hat nicht vollständig entziffert werden können. Doch scheint die Restitution, wonach der Sieger *tantisper in possessione constituitur*, einem Zweifel nicht zu unterliegen. Schon Huschke[17] hat unter Zustimmung von Rudorff[18] darauf hingewiesen, wie das Resultat der *fructus licitatio* nicht wirkliche *possessio*, sondern nur ein *in possessione esse* sein konnte, was Gaius sicherlich mit dem Ausdrucke „*tantisper*" hat ausdrücken wollen. Die praktisch wichtige Consequenz zeigt sich darin, dass nach dieser Auffassung die Usucapion des

16) *Gaius IV.* §. 141. 165. *Cic. pro Caec.* c. 8 u. 16.
17) Gaius, S. 192. 18) Rechtsgesch. II. §. 53.

schliesslichen Siegers nicht unterbrochen wurde durch den vorübergehenden Verlust der körperlichen Gewahrsam. Die interimistische Herrschaft wurde für denjenigen ausgeübt, für dessen gegenwärtigen Besitz der Spruch des Richters lautete. Darin mag auch, wie Huschke l. c. angedeutet hat, der Grund zu suchen sein, wesshalb bei dem auf Herausgabe der Sache gerichteten *iudicium secutorium* des Siegers eine *cautio iudicatum solvi* nicht zu bestellen war, während nach Gaius IV. 169 bei dem *iudicium fructuarium*, welches auf Herausgabe der im eigenen Namen widerrechtlich besessenen Früchte gerichtet war[19], eine solche gefordert wurde. Wäre Rudorff's[20] Meinung richtig, wonach die *cautio iudicatum solvi* bei dem *iudicium fructuarium* veranlasst wurde durch den Anschluss an ein bereits ausgesprochenes Erkenntniss, so würde eine solche in gleicher Weise auch bei dem *iudicium secutorium* auf Herausgabe der Sache selbst nothwendig gewesen sein. Dasselbe gilt von Schmidt's[21] Behauptung, die *cautio* sei erfordert, weil der Sieger in der Licitation durch diesen Sieg seine Lage in widerrechtlicher Weise verbessert habe. Dagegen spricht aber die Ausführung bei Gaius, welcher, ohne dass sich an dieser Stelle eine Lücke findet, nur bei dem *iudicium fructuarium*, nicht auch bei dem *Cascellianum* die *cautio* erwähnt, woraus sich mit Nothwendigkeit der Schluss zu ergeben scheint, dass diese eine Eigenthümlichkeit des *iudicium fructuarium* im Gegensatze zu dem *Cascellianum* gewesen sei.

Durch die *cautio* sind wir zu dem *iudicium* zurückgeführt, welches dem Sieger im Sponsionsprozesse den Besitz zu verschaffen bestimmt war, und dessen Besprechung wir oben abbrachen, um die Regelung des thatsächlichen Zustandes für die Dauer des Prozesses zu erörtern. Es wurde schon auf die Möglichkeit hingewiesen, dass es ursprünglich zu diesem Zwecke ein eigenes *iudicium* gar nicht gegeben habe. So lange das Interdikt regelmässig die Bestimmung hatte, für die Vindicien im Sakramentsprozesse die Grundlage zu bilden, konnte der Prätor direkt der als Besitzer

---

19) cf. *Gaius IV.* §. 89. 20) Zeitschr. XI. S. 357.
21) Interd. S. 293.

anerkannten Partei die streitige Sache zuweisen. Existirte wirklich einmal ein solcher Rechtszustand, so war es ein sehr folgenreicher Schritt, den man mit der Einführung eines selbständigen *iudicium secutorium* machte. Man emancipirte dadurch das Interdikt von der Eigenthumsklage, für die es nun nicht mehr nothwendiger Weise eine Vorbereitung zu sein brauchte. Es konnte ganz ohne Rücksicht auf einen bevorstehenden Eigenthumsprozess die Frage zur Erörterung kommen, wer als gegenwärtiger Besitzer in dem Verhältnisse zur Sache zu schützen sei. Dadurch erst gewann man die Grundlage für die moderne Besitztheorie, wonach der Besitzer einer Sache ohne Rücksicht auf das Recht an derselben wegen der seiner Persönlichkeit geschuldeten Anerkennung die Ausschliessung jeder eigenmächtigen Störung beanspruchen kann. Vielleicht hatten die Römer ein dunkles Bewusstsein von den weitgreifenden Folgen der scheinbar so natürlichen Einführung eines selbständigen *iudicium secutorium,* woraus sich dann die Benennung der Klage nach dem Namen des Prätors, der die wichtige Neuerung einführte, von selbst ergeben würde. Jedenfalls ist es nicht gleichgültig, dass das *iudicium* auf Erlangung der Sache als *iudicium Cascellianum* bezeichnet wird, während der Name des Prätors, welcher das gleichgebildete *iudicium* auf die Licitationssumme und die Früchte zuerst verhiess, nicht auf uns gekommen ist. Sollte der Gang der Entwickelung nicht der vermuthete gewesen sein — und ich verkenne keineswegs das Gewagte der aufgestellten Ansicht — so würden wir für die ältere Zeit als Grundlage für das *iudicium secutorium* auf Restitution der Sache in gleicher Weise eine Stipulation vorauszusetzen haben, wie uns eine solche als Vorläuferin des *iudicium fructuarium* entgegentritt. Könnte aber nicht auch aus dem Stillschweigen, welches Gaius über eine solche Stipulation beobachtet, während er doch von der *stipulatio fructuaria* ausführlich handelt, ein weiterer Grund für obige Hypothese entnommen werden?

Auch bei diesem Verfahren konnte sich die zur Abschliessung von Sponsionen aufgeforderte Partei darauf einzugehen weigern. Eine einfache Uebertragung der im ersten Abschnitte für die Behandlung des *contumax* erörterten

Grundsätze auf diesen Fall war nicht zulässig, da der allgemeine Satz zur Anwendung kam: *Invitus nemo rem cogitur defendere.*[22] Denn dass dieser nicht nur bei einem Streite über das Recht an einer Sache, sondern auch bei der Feststellung der thatsächlichen Herrschaft Geltung haben musste, wird einem Zweifel nicht unterliegen. Desshalb genügte es, wenn der Besitz des streitigen Objektes dem Kläger in einem solchen Falle gewährt wurde. Ursprünglich gab der Prätor die Vindicien zu seinen Gunsten, später stellte er selbständige Interdikte auf, in denen er die eigenmächtige Ergreifung der Sache Seitens des Klägers durch das Verbot, dieselbe zu hindern, sicherte. Führte auch dies nicht zum Ziele, indem sich der Verklagte der Occupation widersetzte, den Abschluss von Sponsionen aber auf Grund dieses neuen Interdiktes gleichfalls verweigerte, so schritt nunmehr sicherlich der Prätor zu Mulcten und *missio in possessionem*, wie dies oben ausgeführt ist.

Von diesem Falle handelt Gaius IV. 170. Leider aber ist die Handschrift an dieser Stelle so unleserlich, dass nur wenig Worte haben entziffert werden können. Aus diesen ergiebt sich aber mit Bestimmtheit, dass bei der Weigerung einer Partei, Sponsionen abzuschliessen, der Prätor besondere Interdikte aufstellte. Der Inhalt derselben kann aber wieder aus dem von Endlicher entdeckten Fragmente Ulpian's (IV.), aus *Vat. fragm.* §. 92, *l.* 80 *de rei vind.* 6, 1, *l.* 45 *de damno inf.* 39, 2, *l.* 52 §. 2 *de a. poss.* 41, 2 u. a. entnommen worden, aus denen hervorgeht, dass bei ausbleibender *defensio* gegenüber einem dinglichen Anspruche durch das *interdictum quem fundum, quem usumfructum* und ähnliche dem Kläger die Besitzergreifung ermöglicht wurde.[23] Desshalb ist denn auch der §. 170 von Huschke in dem angegebenen Sinne restituirt worden. Wenn es wunderbar scheinen möchte, dass bei einem *interdictum retinendae possessionis* dem Kläger ein Rechtsmittel habe nützen sollen, durch das er sich die Herrschaft über die fragliche Sache

---

22) *l.* 156 *pr. de reg. iur.* 50, 17.

23) Vergl. Rudorff, über das *interdictum quem fundum.* Zeitschr. für gesch. Rechts-W. IX. S. 7 ff.

verschaffen konnte, so wird dies seine Erklärung in dem folgenden Abschnitte finden, in welchem über die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* gehandelt werden soll. Hatte der Kläger bereits die Sache in Händen, so bedurfte es keines weiteren Verfahrens, da in der Verweigerung der *defensio* ein Verzicht auf den Besitzstreit gefunden werden konnte. Der Verklagte hatte desshalb *in petitorio* unbedingt als Kläger aufzutreten. Ob der Kläger bei Verweigerung der Sponsion neben der Sicherung seines Besitzes noch etwas beanspruchen konnte, weil ihm dadurch die Strafsumme wegen der Verletzung des prätorischen Interdiktes entging, wage ich nicht zu entscheiden. Es ist wohl möglich, dass der Verklagte dieselbe durch das Aufgeben des Rechtsstreites vermeiden konnte.

Dass zur Licitation über den Besitz während der Dauer des Prozesses Niemand gezwungen werden konnte, ist schon früher ausgeführt.

IV. Die recuperatorische Wirkung des *interdictum u. p.*

Bei der Erörterung des Verfahrens bei dem *interdictum uti possidetis* ist die Frage nicht beantwortet, wer als gegenwärtiger Besitzer anzusehen sei. Wir sahen nur, in welcher Weise darüber verhandelt werden konnte, und betrachteten die Mittel, welche dem Sieger im Sponsionsverfahren zur Verwirklichung seines dadurch festgestellten Anspruches auf den Besitz zu Gebote standen. Es ist jetzt zu untersuchen, von welchen Grundsätzen der Richter bei der Entscheidung der Sponsionsklage auszugehen hatte, wobei es wesentlich auf das richtige Verständniss des Zusatzes in der Interdiktsformel: *nec vi nec clam nec precario alter ab altero* ankommen wird.

Es treten sich dabei drei Ansichten gegenüber. Die Einen gehen davon aus, dass der vitiöse Besitzer, sofern er dem von ihm vitiös Entsetzten gegenüberstehe, nicht als

Besitzer respektirt werden solle. Seine thatsächliche Herrschaft über die Sache nütze ihm in diesem Falle nichts, er erscheine juristisch nicht als gegenwärtiger Besitzer. Dagegen müsse dem Entsetzten, welcher jedem Dritten gegenüber seinen Besitz verloren habe, dem Dejicienten gegenüber eine Berufung auf den vitiösen Erwerb desselben zustehen, wodurch er das Recht erhalte, die Entsetzung nur als eine Störung seines noch als fortdauernd angesehenen Besitzes zu behandeln. Die Herrschaft des Dejicienten werde also dem Dejicirten zugerechnet, so dass dieser noch in beschränkter Weise als Besitzer gelte, so lange nur der Dejicient noch selbst die entzogene Sache in den Händen habe. Daraus ergebe sich, dass man als Kläger mit dem *interdictum retinendae possessionis* den an den vitiösen gegenwärtigen Inhaber verlorenen Besitz wiedererlangen könne, während die Duplicität des Rechtsmittels in gleicher Weise dem Verklagten den Sieg verschaffe, wenn er von dem vitiösen Besitzer in Anspruch genommen werde. Diese Ansicht wurde nach der durchgreifenden Läuterung der Besitztheorie durch Savigny's epochemachendes Werk zuerst wieder vertheidigt durch Vangerow[1], Puchta[2] und Keller[3], welche drei Schriftsteller ziemlich gleichzeitig und in vollständiger Unabhängigkeit von einander das Resultat der obigen Theorie entwickelten. Seitdem hat sie noch mehrfach Anerkennung gefunden. Zunächst von Rudorff, welcher in dem von Keller's Abhandlung hervorgerufenen Aufsatze über das *interdictum uti possidetis*[4] die Ueberzeugung aussprach, dass nach Keller's Ausführungen die Möglichkeit einer recuperatorischen Wirkung des Interdiktes kaum noch zu bezweifeln sein werde. Ausserdem nenne ich noch Bruns[5] und Arndts[6].

Andere leugnen, dass jemals mit einem *interdictum retinendae possessionis* derjenige siegen könnte, der sich nicht in der thatsächlichen Herrschaft über die Sache befinde. Die Klausel: *nec vi nec clam nec precario alter ab altero,* materiell

1) Leitfaden, §. 336. 2) Inst. II. §. 225.
3) Zeitschr. XI. S. 321 ff. 4) Zeitschr. XI. S. 335.
5) Bes. §. 6 S. 57 ff. 6) Pand. §. 172 Anm. 2.

eine *exceptio vitiosae possessionis*, habe nur die Wirkung, den vitiösen Besitzer des Schutzes gegen *vis turbativa* zu berauben, nie aber, dem früheren Besitzer nach einer *vis expulsiva* die Herrschaft über die Sache wieder zu verschaffen. Die Duplicität des Rechtsmittels ermögliche den Sieg des Verklagten, wenn dieser einer unbegründeten Klage gegenüber fehlerfreien gegenwärtigen Besitz darthue, hindere aber nicht, dass der Kläger eben nur abgewiesen werde, ohne seinerseits eine Verurtheilung zur Herausgabe der Sache zu erfahren, wenn er zwar als Besitzer, aber als vitiöser, eine Klage gegen den Dejicirten angestellt habe. In neuerer Zeit ist diese Lehre zuerst vertheidigt von Schmidt[7]. Sie scheint gegenwärtig die herrschende werden zu wollen. Selbst ein so entschiedener Vertheidiger der vorher dargestellten Theorie wie Rudorff ist ihr beigetreten[8] und auch Bruns[9] erklärt jetzt seine frühere Ansicht „für mindestens sehr zweifelhaft“. Auch Brinz[10], Pagenstecher[11] und Windscheid[12] haben sich Schmidt angeschlossen.

Zwischen diesen beiden sich direkt entgegengesetzten Ansichten steht eine dritte, als deren hervorragendster Vertreter Savigny[13] zu nennen ist. Danach soll zwar der Kläger stets zum Siege des gegenwärtigen, dem Verklagten gegenüber fehlerfreien Besitzes bedürfen, so dass der Nichtbesitzer das *interdictum uti possidetis* nur in gleicher Weise anstellen könne, wie der Nichteigenthümer die *rei vindicatio*, d. h. ohne Aussicht auf Erfolg. Dagegen werde bei vitiösem Besitze des Klägers durch die Geltendmachung der *vitia* nicht nur Freisprechung des Verklagten von der Klage, sondern Verurtheilung des Klägers zur Herausgabe der Sache herbeigeführt, so dass die Klage nie für den Kläger, wohl aber unter Umständen für den Verklagten recuperatorische Wirkung haben könne. Trotz der Autorität Savigny's hat diese Theorie in neuerer Zeit wenig Anhänger aufzuweisen, und es dürfte nur etwa Sintenis[14] besonders hervorzuheben sein.

---

7) Interd. S. 112 ff. 8) cf. Anm. l. zu Puchta, Inst. II. §. 225.
9) Jahrb. IV. S. 44 u. 45. 10) Pand. §. 31.
11) Die röm. Lehre vom Eigenthume, Abth. III. §. 16.
12) Pand. §. 159 Anm. 10. 13) Bes. §. 37. 14) §. 46 Anm. 19.

Von diesen drei Ansichten ist die letzte in entschiedenem Widerspruche mit der Natur der *interdicta retinendae possessionis* als *iudicia duplicia*. Bei diesen ist die Stellung beider Parteien eine vollkommen gleiche. Jeder erscheint zugleich als Kläger und Verklagter, so dass sich eine Beurtheilung nach verschiedenen Grundsätzen in keiner Weise rechtfertigen würde. So heisst es ausdrücklich bei Gaius IV. 160 „*par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet*", welcher Ausspruch wörtliche Aufnahme in dem §. 7 *I. de interd.* IV. 15 gefunden hat. Nicht minder bestimmt wird die Doppelnatur jeder Partei von Ulpian in *l.* 3 §. 1 *uti poss.* 43, 17 „*hi quibus competit et actores et rei sunt*" hervorgehoben, womit noch *l.* 37 §. 1 *de o. et a.* 44, 7 und *l.* 10 *fin. reg.* 10, 1 verglichen werden können. Wenn desshalb auch aus der Duplicität der Interdikte eine Entscheidung der Frage nicht gewonnen werden kann, ob die Hinweisung auf den vitiösen Besitz des Gegners den Dejicirten als gegenwärtigen Besitzer erscheinen lasse, so folgt aus ihr doch mit Nothwendigkeit, dass jene Frage nach denselben Grundsätzen bei beiden Parteien erledigt werden muss. Besonders klar wird dies, wenn man sich das bereits geschilderte Verfahren bei dem *interdictum uti possidetis* vergegenwärtigt. Ob derjenige, welcher zuerst den Ausspruch des an beide Parteien *pari sermone* gerichteten Interdiktes erwirkt hatte, auch zuerst eine widerrechtliche Störung seines Besitzes durch den Gegner behauptete, war ganz zufällig. Ebenso gut konnte auch ihm Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl Schuld gegeben werden, und seine Provokation zu einer Sponsion an die seines Gegners sich anschliessen. Jedenfalls trat nach Abschluss der Sponsionen formell ein Jeder mit seinen Klagen aus den verschiedenen Stipulationen auf, mit denen ja zunächst nur die bedingt versprochenen Geldsummen gefordert wurden. Auch war der Inhalt der beiderseitigen Sponsionen genau derselbe. *Si possidenti mihi adversus Praetoris edictum vim fecisti, centum dare spondes?* lautete die Frage eines Jeden. Wie sollte da noch ein Kläger und ein Verklagter unterschieden werden? Wenn der Eine mit der Behauptung, er sei in

seinem Besitze gestört, ein siegreiches Erkenntniss bewirken konnte, obschon der Gegner das Grundstück zur Zeit des *interdictum redditum* in Händen gehabt hatte, wie wollte man dann unter gleichen Voraussetzungen die Abweisung des Anderen rechtfertigen? Was in dem einen Falle als *vis facta possidenti* erschien, musste es auch in dem anderen. Die Annahme, der Dejicirte müsse als Verklagter siegen, weil ihm ein *interdictum recuperandae possessionis* zustehe, hat doch nur so lange einen Schein der Berechtigung, als man sich die Frage nicht aufwirft, wie der Verklagte seine Vertheidigung prozessualisch durchführte. Sobald man sich darüber klar ist, dass ein Jeder gegenwärtigen Besitz behaupten musste, kann man aus der Bezeichnung des Rechtsmittels als *retinendae possessionis interdictum* einen Grund nicht mehr hernehmen gegen die Möglichkeit einer recuperatorischen Wirkung für den Kläger, wenn man sie für den Verklagten aufrecht erhalten will.

Es zeigt sich denn auch, dass derselbe Grund, welchen Savigny zur Rechtfertigung der Verurtheilung des Klägers zu Gunsten des durch ein *vitium* entsetzten Verklagten anführt, in gleicher Weise auch für den Sieg des dejicirten Klägers spricht. Savigny hält es für ganz undenkbar, dass durch den Richterspruch ein Zustand constatirt werde, in welchem es der einen Partei erlaubt sei, der anderen nach Belieben Gewalt anzuthun, wie dies bei der blosen Abweisung des vitiösen Besitzers geschehen würde. Wäre dies nicht auch gleichermassen die Folge eines Erkenntnisses, welches sich bei der Freisprechung des Klägers von der Sponsionsforderung des Verklagten beruhigt, weil dieser in einem vitiös erworbenen Besitze gestört sei? Es würde ja auch in einem solchen Falle Jemandem der Besitz belassen werden, dessen Störung anerkannter Massen für den Störer keine nachtheiligen Folgen nach sich zieht, so dass auch hier in dem Richterspruche gewissermassen eine Aufforderung zu Gewaltthätigkeiten gefunden werden könnte. Warum sollte nicht in gleicher Weise bei dem Kläger Rücksicht genommen werden können auf die Zuständigkeit eines *interdictum recuperandae possessionis*, wie dies zu Gunsten des vitiös entsetzten Verklagten als möglich zugegeben wird?

Es muss also diese Theorie als inconsequent und nicht vereinbar mit den Formen des römischen Interdiktenverfahrens unbedingt aufgegeben werden. Man hat nur die Wahl zwischen der Alternative: — das Interdikt wirkt immer recuperatorisch, wenn der vitiös Entsetzte dem besitzenden Dejicienten gegenübersteht — oder — das Interdikt kann nie zur Wiedererlangung eines thatsächlich eingebüssten Besitzes führen, weder zu Gunsten des Klägers, noch zu Gunsten des Verklagten. Ich stehe nicht an, mich für die erste Alternative zu entscheiden und glaube die Richtigkeit derselben überzeugend darthun zu können.

Ich habe früher auszuführen gesucht, wie die Entstehung der *interdicta retinendae possessionis* mit dem *vindicias dicere* des Prätors im Vindikationsprozesse zusammenhing. Wer durch die Begründung dieser Hypothese von der Richtigkeit derselben überzeugt ist, wird mit mir an der recuperatorischen Wirkung jener Rechtsmittel nicht zweifeln können. So lange der Prätor auf Grund seiner eigenen Untersuchung den Besitz für die Dauer des Eigenthumsprozesses regelte, brachte er diejenigen Grundsätze unmittelbar zur Anwendung, welche er später in die Form eines bedingten Befehles einkleidete. Er gab derjenigen Partei die Vindicien, welche die streitige Sache zur Zeit des Prozesses besass, sofern sie nicht durch ein *vitium* sich die Herrschaft von dem Gegner verschafft hatte. Was er in diesem letzten Falle that, kann nicht zweifelhaft sein. Da nothwendiger Weise eine Partei während des Prozesses die Sache in Händen haben musste, so restituirte sie der Prätor dem durch das *vitium* Verletzten.

Dieselben Gesichtspunkte mussten dann nach Einführung des Interdiktenverfahrens massgebend werden für den Sieg im Sponsionsprozesse. Dieser sollte ja die Grundlage werden für die nachträgliche Ertheilung der Vindicien. Der Prätor bedurfte unter allen Umständen einer Entscheidung, durch welche eine Partei als berechtigt zum Besitze für die Dauer des Prozesses anerkannt wurde. Ein Ausgang des Prozesses, welcher keiner Partei einen Besitz, wie ihn der Prätor verlangte, zugesprochen hätte, würde den Zweck des ganzen Verfahrens in seiner ursprünglichen Bedeutung vereitelt haben. Das Verbot des *vim fieri* hatte zunächst

keine selbständige Bedeutung. Es sollte nur die Entscheidung vermitteln, wem der Prätor die Vindicien zu geben habe. Desshalb konnte der Zusatz in der Formel: *nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero* unmöglich nur den Sinn haben, dass die Störung eines vitiösen Dejicienten als Verstoss gegen den prätorischen Befehl nicht anzusehen sei. Er musste auch weiter bewirken, dass der Dejicient bei fortgesetzter Ausschliessung des Entsetzten vom Besitze seinerseits als Störer betrachtet und auf die Sponsionsklage des Gegners verurtheilt wurde. Wäre er freigesprochen, so hätte es dem Prätor an jedem Anhalte für seine Entscheidung gefehlt, da beide Parteien bei ihren Sponsionsklagen unterlegen haben würden. Stand aber einmal fest, dass der Dejicient bei unterlassener Restitution als ungehorsam gegen den prätorischen Befehl zur Zahlung der Sponsionssumme verurtheilt werden müsse, so ergab sich daraus von selbst, dass, als eigene *iudicia secutoria* auf Restitution der in der Licitation erstrittenen Sache eingeführt waren, diese dem Dejicirten zu gute kamen. Sie hingen ja von dem Siege im Sponsionsprozesse unmittelbar ab, so dass der Kläger nur die Verurtheilung seines Gegners in dem Vorverfahren zu beweisen brauchte.

Dies Resultat ist also eine nothwendige Consequenz der Ansicht, dass das Interdikt zur Vorbereitung des *vindicias dicere* im Eigenthumsprozesse eingeführt sei. Aber auch für diejenigen, welche jene Vermuthung nicht für hinreichend begründet halten, um weitere Folgen darauf zu bauen, lässt sich die recuperatorische Wirkung selbständig beweisen. Zunächst spricht dafür der praktische Werth der vorausgesetzten Behandlung des Rechtsmittels. Da der Besitz eines Grundstückes nicht eine ununterbrochene körperliche Beziehung der Person zur Sache voraussetzt, so kann es vorkommen, dass man sich noch für den gegenwärtigen Besitzer hält, während bereits nach den Grundsätzen über Erwerb und Verlust des Besitzes ein Anderer die thatsächliche Herrschaft für sich erworben hat. Es kann dann eine Handlung dem früheren Besitzer als Störung seines gegenwärtigen Besitzes erscheinen, welche vom Standpunkte des Handelnden aus sich als Ausübung seines Besitzes darstellt. Man denke

z. B. an eine zwischen zwei Gütern belegene Wiese, deren Benutzung in dem Auftreiben von Vieh besteht. Wenn nun in einem solchen Falle der frühere Besitzer, der seinen Besitz für noch nicht aufgehoben erachtet, das *interdictum uti possidetis* anstellt, und das Resultat der Untersuchung ergiebt, dass er zwar nicht mehr besitze, aber durch vitiöse Handlungen seines Gegners der thatsächlichen Herrschaft über seine Sache beraubt sei, soll er dann mit seiner Klage abgewiesen und mit der Zuständigkeit eines *interdictum recuperandae possessionis* vertröstet werden, obschon bereits Alles constatirt ist, was zum Siege in diesem neuen Prozesse führen würde? Ist es nicht ein Zeugniss für den praktischen Sinn der Römer, wenn sie ein so ungenügendes Resultat durch den einfachen Ausweg vermieden, dass sie dem Dejicirten das Recht gaben, die Besitzhandlungen des Dejicienten als blose Störungen seines fortgesetzten Besitzes anzusehen? Natürlich galt dies auch von dem Verklagten, wenn dieser wegen seiner Besitzhandlungen von dem vitiösen Occupanten in Anspruch genommen wurde. So vermieden die Römer ein Resultat, welches Savigny mit Recht für unerträglich erklärt hat, wenn er auch von dieser Einsicht einen zu beschränkten Gebrauch machte. Es konnte nun nicht vorkommen, dass durch den Ausgang des Prozesses ein Zustand constatirt wurde, für dessen Dauer gegenseitige Gewaltthaten als rechtlich gestattet erschienen. Es ist kaum denkbar, dass die praktischen Römer den Zusatz „*nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero*" nur desshalb in die Formel des Interdiktes gesetzt haben sollten, um dem Dejicirten für alle Zeiten das Recht eigenmächtiger Gewalt gegen den Dejicienten zu sichern. Freilich stand nach klassischem Rechte dem Dejicirten die Befugniss zu, den vitiösen Occupanten auf eigene Hand wieder zu vertreiben, sofern er sich nur dabei so weit beschränkte, dass er nicht das *interdictum de vi armata* als begründet erscheinen liess. Aber es ist doch noch ein sehr erheblicher Unterschied, ob das Recht bei gewaltsamer Entsetzung des vitiösen Occupanten eine Klage gegen den Entsetzer versagt, oder ob es durch einen Richterspruch feststellen lässt, dass auch für die Zukunft ungestraft Gewalt ausgeübt werden könne, obgleich alle Voraussetzungen vor-

liegen, um ohne weiteres einen geregelten, rechtlich geschützten Zustand wieder herbeizuführen.

Wie sehr auch unsere Praktiker gegen ein entgegengesetztes Ergebniss ihrer theoretischen Ueberzeugung sich sträuben, zeigt z. B. Albert in seiner Schrift über das *interdictum uti possidetis* (1824). Er schliesst sich Savigny's Theorie an, indem er §. 42 dem Entsetzten das *interdictum* abspricht, während er §. 73 dem Verklagten die Wiedererlangung des Grundstückes durch den Nachweis eines *vitium* auf Seiten des Klägers ermöglichen will. Dann aber stellt er im §. 91 die Behauptung auf, welche er in den folgenden §§. weiter durchführt, dass vitiös vorgenommene Besitzhandlungen zum Beweise des Besitzes nicht dienen könnten. Sie müssten eigentlich „scheinbare Besitzhandlungen", nicht aber „fehlerhafte" genannt werden und begründeten eine *exceptio* resp. *replicatio possessionis nullae*, mit welcher der frühere Besitzer siegreich durchdringen müsse. Man sieht, wie auf einem Umwege, der sich schwerlich empfehlen dürfte, das durch das Bedürfniss der Praxis geforderte richtige Resultat sich in die falsche Lehre einzuschleichen sucht.

Wenn nun hiernach die Zulassung einer recuperatorischen Wirkung des *interdictum uti possidetis* als die allein praktische Behandlung dieses Rechtsmittels erscheint — dass bei unzweifelhafter Dejektion der Dejicirte regelmässig die Anstellung eines *interdictum recuperandae possessionis* vorziehen wird, ist später zu erörtern, — so finden sich auch in den Quellen hinreichende Beweise, um eine solche Behandlung als im positiven römischen Rechte begründet zu rechtfertigen.

Auf den schlagendsten Beweis hat bereits Keller[15] hingewiesen. Er liegt in dem Institute der *fructus licitatio*. Durch sie wurde, wie wir sahen, derjenige in den Besitz der Sache gesetzt, welcher sich für den Fall des Unterliegens zur höchsten Strafsumme verpflichtete. Offenbar aber sollte diese Versteigerung eben nur für die Dauer des Prozesses den Besitz verschaffen. Nie war mit dem Erwerbe durch Zuschlag die Aussicht verbunden, die Sache dauernd zu

15) Zeitschrift XI S. 321 ff.

behalten, selbst wenn man nicht im Sponsionsprozesse siegen würde. Wäre nun aber die hier bekämpfte Ansicht richtig, so hätte es sich sehr leicht ereignen können, dass jede Partei mit der Klage aus der von ihr abgeschlossenen Sponsion abgewiesen und dem Gegner aus der entsprechenden Restipulation verurtheilt wurde. Es hätte dies immer geschehen müssen, wenn ein vitiöser Besitzer dem von ihm Entsetzten gegenüber stand. Jener konnte mit der Klage nicht durchdringen, weil er durch ein *vitium* den Besitz vom Gegner erworben hatte, dieser nicht, weil es ihm an der vorausgesetzten gegenwärtigen Herrschaft fehlte. Das *Cascellianum iudicium* hing aber ab von dem Siege in dem Sponsionsprozesse, und so wäre die nothwendige Folge gewesen, dass der Sieger im Licitationsverfahren die Sache, die ihm durch keine begründete Klage abgefordert werden konnte, behalten hätte. Dass Gaius diese mögliche Folge des höchsten Gebotes in der Licitation ganz mit Stillschweigen übergangen haben würde, ist undenkbar. Wenn er aber obenein ausdrücklich hervorhebt[16], dass derjenige, welcher als Sieger in der *fructus licitatio* nicht beweisen könne, *„ad se pertinere possessionem"*, abgesehen von der Verurtheilung zu den verschiedenen Strafsummen zur Herausgabe der Sache verpflichtet sei, so wird man an der Unhaltbarkeit einer Ansicht, von der aus man zu einem so ganz verschiedenen Resultate kommt, nicht zweifeln können. Der Abweisung mit der eigenen Sponsionsklage musste eine Verurtheilung auf Grund der Sponsionsklage des Gegners entsprechen. Wenn der vitiöse Besitzer dem Dejicirten gegenüber nicht behaupten konnte, es sei ihm durch dessen Eingriff in den Besitz *vis contra Praetoris edictum* angethan, so musste er selbst wegen der Verhinderung des ungestörten Besitzes seines Gegners als ungehorsam gegen den prätorischen Befehl angesehen werden. Er war nicht im Stande zu beweisen: *ad se pertinere possessionem*, da hierzu nach §. 166 der Beweis gehörte, dass er *„per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario"* besessen habe, folglich musste der Besitz dem Dejicirten zukommen.

16) Buch IV. §. 167.

Dieses Resultat, ohne welches die *fructus licitatio* eine wesentlich andere Bedeutung erlangen würde, als man ihr nach der Schilderung bei Gaius ganz allgemein zuschreibt, findet seine Bestätigung auch in mehreren Stellen der Pandekten, in denen die behauptete Behandlung eines vitiösen Occupanten auf das unzweideutigste angeordnet wird. Der wichtigste Ausspruch ist:

> *l.* 3 *pr. uti poss.* 43, 17. *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod qualiter procedat tractemus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam, ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam, si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.* (Ulpianus)

Ulpian will nachweisen, wie nach einer vitiösen Entsetzung der Dejicirte nicht mehr schlechthin als *iustus possessor* die volle Wirkung des Besitzes für sich in Anspruch nehmen könne, auch wenn sich die Sache noch in den Händen eines *iniustus possessor* befinde.[17] Er thut dies, indem er sich auf den Standpunkt der zu widerlegenden Meinung stellt (*si quis proponeret etc.*), und zeigt, wie das Interdikt gegen einen Anderen als gegen den eigenen Dejicienten zu keinem Resultate führen würde. Dagegen ist es ihm nicht zweifelhaft, dass der Dejicirte im Streite mit dem Dejicienten siegen müsse. „*Superior sum interdicto*“ sagt er auf das bestimmteste. Wenn Savigny[18] annimmt, Ulpian setze eine Klage des *iniustus possessor* voraus, der dann allerdings dem *iustus possessor* gegenüber unterliegen müsse, so fehlt es hierfür in der Stelle so sehr an jedem Anhalte, dass aus der Voranstellung des *iustus possessor* viel eher das Gegentheil, also eine Klage gegen den *iniustus*, gefolgert werden könnte. Es ist aber hierauf gar kein Gewicht zu legen, da Savigny's Ansicht, wonach es einen Unterschied machen soll, ob der Dejicirte Kläger oder Verklagter sei, bereits als unhaltbar dargestellt ist. Will man die *l.* 3 *pr. cit.* um jeden Preis beseitigen, so kann man dies nur dadurch erreichen, dass man auch den ersten Theil der Entscheidung als einen hypothetischen darstellt, so dass der Gedanke der Stelle etwa

---

17) Vergl. meinen Aufsatz Abschn. IV. 18) Bes. §. 11 S. 195.

folgender wäre: „Nimmt man an, dass eine *possessio iusta* und *iniusta* concurriren könnte, so liesse sich dieser Fall nach den Worten des Edikts allenfalls noch entscheiden, wenn der Dejicient dem von ihm dejicirten früheren Besitzer gegenübersteht, indem dann der *iustus possessor* seinem Dejicienten gegenüber wegen des Zusatzes: *nec vi nec clam nec precario alter ab altero* siegen könnte. Bei dem Zusammentreffen des *iustus* mit Jemand, der von einem Anderen vitiös besässe, würde aber eine Entscheidung ganz unmöglich sein, und desshalb muss die ganze Theorie verworfen werden." Eine so gezwungene Auffassung der Stelle wird sich aber dem „*superior sum*" gegenüber kaum Freunde erwerben, so dass wir die *l.* 3 *pr.* als sichere Stütze der vertheidigten Ansicht betrachten können.

Wichtig, wenn auch allein nicht entscheidend, ist ferner:

> *l.* 1 §. 9 *uti poss.* 43, 17. *Quod ait Praetor in interdicto: nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere; has enim possessiones non debere proficere, palam est.* (Ulpianus)

Es lässt sich, wenn auch nicht ohne eigenmächtige Einschränkung der Worte Ulpian's, diese Stelle zur Noth so verstehen, als handele sie nur von dem vitiösen Kläger, der eben wegen der Fehlerhaftigkeit seines Besitzes eine Verurtheilung des Dejicirten in der Sponsionsklage nicht durchsetzen könne. Wenn man aber bedenkt, wie sich an die Niederlage im Sponsionsprozesse die Verpflichtung zur Herausgabe der in der *fructus licitatio* erstrittenen Sache resp. die Unstatthaftigkeit des *iudicium Cascellianum* anschloss, so wird man auch in der *l.* 1 §. 9 cit. einen gewichtigen Grund für die recuperatorische Wirkung des Interdikts finden.

Unter diesem Gesichtspunkte ist auch der Ausspruch von Gaius IV. 151 erwähnenswerth, welcher die Ausführung, dass der vitiöse Besitzer bei dem *interdictum utrubi* sich nicht auf *accessio possessionis* berufen könne, mit den Worten schliesst:

> „*Nam ei possessio sua nihil prodest*".

Gleiches sagt Venulejus in *l.* 53 *de a. r. p.* 41, 2:

„*Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.*“

da man mit einem unvermeidlichen *argumentum a contrario* folgern muss, dass dem Dejicirten gegenüber eine Berufung auf den vitiösen Besitz unzulässig sei.

Auch das in klassischer Zeit dem Dejicirten zustehende Recht, den vitiösen Occupanten eigenmächtig zu vertreiben, weist darauf hin, dass man dem Dejicienten gegenüber den thatsächlich aufgehobenen Besitz noch als fortbestehend ansah. Um die Unterbrechung der Usucapion, die gegen Dritte wirkte, auszuschliessen, musste bekanntlich sofort nach der eigenen Dejektion resp. der Benachrichtigung von der heimlichen Occupation die Wiedervertreibung vorgenommen werden. Der vitiöse Besitzer selbst aber war ohne rechtlichen Schutz, auch wenn er erst nach einem längeren Zeitraume gewaltsam aus dem Grundstücke entfernt wurde. Diese ungemein weit reichende Befugniss wäre ganz unerklärlich,. wenn nicht in älterer Zeit der Gedanke, dass sich der Dejicirte dem Dejicienten gegenüber noch als gegenwärtigen Besitzer betrachten könne, selbst die Sorge für die öffentliche Ruhe und Ordnung in den Hintergrund hätte treten lassen.

Durch die recuperatorische Wirkung des Interdiktes erklären sich endlich mehrere Aussprüche der Quellen, welche ohne dieselbe dem Verständniss erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen. Hierher rechne ich die bekannte *l.* 7 §. 5 *communi dividundo* 10, 3:

> *Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium, nam et de clandestina possessione competere interdictum inquit.* (Ulpianus)

Es ist dies die einzige Stelle, in welcher ein besonderes *interdictum de clandestina possessione* erwähnt zu werden

scheint. Ich habe früher die Gründe angegeben, aus denen ich die Existenz eines solchen Interdiktes glaube in Abrede stellen zu müssen. Das gänzliche Stillschweigen des 43. Titels der Pandekten über das *interdictum de clandestina possessione* würde, wenn es ein solches gegeben hätte, ganz unbegreiflich sein. Ist dies richtig, so bleibt die *l.* 7 §. 5 cit. räthselhaft, wenn wir nicht in dem gegen den heimlichen Besitzer gegebenen Interdikte das recuperatorisch wirkende *interdictum uti possidetis* finden können. Zu Gunsten dieser Ansicht lässt sich vielleicht auch einiges Gewicht legen auf die Partikel „*sed*", mit welcher die Besprechung der *clandestina possessio* im Gegensatze zu den beiden anderen Arten der *vitiosa possessio* eingeleitet wird. Gäbe es auch in diesem Falle ein besonderes *interdictum recuperandae possessionis*, wie es ein *interdictum de vi* und *de precario* giebt, so hätte es einer solchen Entgegenstellung nicht bedurft. Jedenfalls ist es bedenklich, auf diese einzige Stelle die Annahme eines *interdictum de clandestina possessione* zu stützen, wenn durch die Existenz eines anderen Rechtsmittels mit der angegebenen Wirkung jede Schwierigkeit beseitigt ist.

Auch auf die *l.* 12 §. 1 *de a. r. p.* 41, 2 fällt ein neues Licht, wenn wir erwägen, dass ein vitiös entzogener Besitz mit dem *interdictum retinendae possessionis* wieder erlangt werden kann. Sie lautet:

> *Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.* (Ulpianus)

Da die Vindikation den Verlust der thatsächlichen Herrschaft auf Seiten des Klägers und Besitz auf Seiten des Verklagten voraussetzt, so ist es das natürlichste, bei der Stelle an einen Fall zu denken, in welchem der Verklagte als vitiöser Occupant das Grundstück in Händen hatte. Ermittelt der Kläger nach Einleitung der *vindicatio*, dass die Voraussetzungen für den Sieg mit dem *interdictum uti possidetis* vorliegen, so soll es ihm unbenommen sein, dieses Rechtsmittel noch nachträglich zu gebrauchen, wie ihm unter gleichen Voraussetzungen in *l.* 18 §. 1 *de vi* 43, 16 die

Anstellung des *interdictum unde vi* gestattet wird. Dass Jemand davon keine Kenntniss haben sollte, wenn er selbst thatsächlich Besitzer eines Grundstückes ist, lässt sich kaum annehmen.

Wir sind damit auf den berüchtigten *unus casus* der Institutionen[19] gekommen. Es ist dies der Fall, wenn Jemand als Dejicirter dem vitiösen Besitzer gegenübersteht, den er mit dem *interdictum uti possidetis* zu besiegen im Stande sein würde. Dass er zu dem Gebrauche des Interdiktes nicht genöthigt werden kann, vielmehr sofort zur dinglichen Klage zu schreiten berechtigt ist, dürfte einem Zweifel nicht unterliegen. Der Dejicient besitzt ja offenbar in eigenem Namen und verletzt dadurch das Eigenthumsrecht seines Gegners, während dieser nur das Recht, nicht aber die Verpflichtung hat, seinen Besitz blos als gestört anzusehen.

Hier aber tritt uns der Haupteinwand entgegen, welcher gegen die Möglichkeit einer recuperatorischen Wirkung des Interdiktes geltend gemacht ist. „Mit einem *interdictum retinendae possessionis* kann nur der gegenwärtige Besitzer siegen. Es müsste desshalb der Entsetzte als Besitzer neben dem Dejicienten anerkannt sein. *Compossessio* aber ist verworfen.“ Ich habe bereits in dem mehrfach erwähnten Aufsatze gegen den zum Axiom gestempelten Satz, eine *composessio* sei in keiner Weise möglich, Widerspruch erhoben. Es ist dort auszuführen versucht, dass zwar ein gleichmässiger Besitz Mehrerer an derselben Sache nicht denkbar sei, dass aber eine Reihe von Fällen vorkommen, in denen Mehrere aus ihrem Verhältnisse zu derselben Sache Wirkungen herleiten, die als Folgen des Besitzes betrachtet werden, wesshalb sich denn für diese Mehreren zu gleicher Zeit die Bezeichnung *possessores* findet. Ich erinnere beispielsweise an die Concurrenz einer *possessio ad usucapionem* mit dem durch Interdikte geschützten Besitze eines Anderen.[20]

Ein gleicher Fall liegt vor, wenn der Dejicirte dem Dejicienten gegenüber steht. Letzterer erscheint unbedingt als Besitzer, sofern es sich um sein Verhältniss zu Dritten handelt,

---

19) IV. 6 §. 2. 20) *l.* 1 §. 15 *de a. r. p.* 41, 2. *l.* 16 *de usurp.* 41, 3.

während er im Streite mit dem Dejicirten auf seinen vitiösen Besitz sich nicht berufen kann, vielmehr als Störer fremden Besitzes angesehen wird. Nicht diese Thatsache, sondern nur falsche Consequenzen aus einer angeblichen unbedingten Fortdauer einer *iusta possessio*, so lange nicht ein Anderer fehlerfreien Besitz erworben hat, werden in der *l.* 3 §. 5 *de a. r. p.* 41, 2 bestritten. Es lässt sich mit Recht eine *compossessio plurium in solidum* in Abrede stellen, wenn man die hervorgehobenen Worte auf die volle Wirkung des Besitzes bezieht. Es ist ja in der That der Besitz des Dejicirten ein höchst relativer, da dieser ihn nur gegen den Dejicienten geltend machen kann, und auch eine Fortdauer der Usucapion auf Grund desselben, ausser in dem Falle einer heimlichen Occupation eines Grundstückes, nicht zugelassen ist. Aus diesem Gesichtspunkte leugnet auch Ulpian in *l.* 5 §. 15 *commod.* 13, 6 und in der bereits besprochenen *l.* 3 *pr. uti poss.* 43, 17 die *compossessio plurium in solidum* bei der Concurrenz eines *iustus* und eines *iniustus possessor*, obschon gerade in dieser letzten Stelle auf das allerentschiedenste der Sieg des Dejicirten gegen den Dejicienten im *interdictum uti possidetis* bestätigt wird. Bezieht man die Worte „*in solidum*“ auf das ganze Objekt des Besitzes, so wird man unbedingt eine *compossessio in solidum* annehmen müssen, wie dies denn auch Julian in *l.* 19 *pr. de prec.* 43, 26 thut, wo er nur die Concurrenz von *duae iustae* oder *duae iniustae possessiones* in Abrede stellt. Es liesse sich selbst zugeben, dass der Sprachgebrauch, wonach der Dejicirte noch ferner als *iustus possessor* bezeichnet wurde, wegen der möglichen sich daran anknüpfenden Irrthümer entschieden verworfen sei, ohne dass daraus der Schluss gezogen werden könnte, dass man auch für den Besitzstreit gegen den Dejicienten materiell das alte Recht abgeändert habe. Es wäre immerhin denkbar, dass man ein so ganz relativ wirkendes Verhältniss zur Sache nicht schlechthin als *possessio* habe bezeichnen wollen. Doch sind wir zu dieser Annahme durch nichts gezwungen, und ich bin auf dieselbe nur eingegangen, um zu zeigen, dass sie, selbst ihre Richtigkeit vorausgesetzt, keinesfalls das positiv bezeugte Recht gefährden könnte.

Desshalb kann ich auch nicht anerkennen, dass, wie Bruns[21] meint, die Durchführung der recuperatorischen Wirkung des Interdiktes je prozessualische Schwierigkeiten habe machen können. Wenn freilich Vangerow[22] annimmt, es habe der Dejicirte zu diesem Zwecke in späterer Zeit einer *exceptio* resp. *replicatio* bedurft, so erwidert ihm Bruns darauf ganz richtig, dass die Behauptung, man besitze selbst, unmöglich als *exceptio* aufgefasst werden könne, sondern immer eine Leugnung des Klagegrundes enthalte. Auch hebt Bruns mit Recht hervor, dass der Verklagte sich auf seinen Besitz gar nicht zu berufen brauche, in welchem Falle doch offenbar keine Gelegenheit zu einer *replicatio vitiosae possessionis* geboten sei. Es ist aber überhaupt nicht an eine *exceptio* oder *replicatio* zu denken. Der Entsetzte behauptet gegenwärtigen Besitz, und siegt, wenn es sich ergiebt, dass sein Gegner von ihm vitiös die Sache in Händen habe.

Damit ist denn auch der weitere Einwand erledigt, den man gegen die hier vertheidigte Lehre aus der Bezeichnung des Interdiktes als *interdictum retinendae possessionis* hergenommen hat. Es wurde ja in der That die vitiöse Entsetzung, sofern es sich nur um das Verhältniss des Dejicirten zum Dejicienten handelte, als Störung des noch gegenwärtigen Besitzes angesehen. Der Entsetzte behauptete, im Momente des *interdictum redditum* wirklich zu besitzen, und siegte, weil ihm der Besitz seines Gegners angerechnet wurde. Viel auffallender ist doch offenbar die Bezeichnung als *interdictum retinendae possessionis* bei dem *interdictum utrubi*. Hier brauchte demjenigen, der die Sache nicht in Händen hatte, zur Ermöglichung des Sieges nicht einmal ein vitiöser Besitzer, dessen Besitz wegen des Mangels nicht gerechnet wurde, gegenüberzustehen. Wenn nur der Besitz des Klägers die grössere Hälfte des verflossenen Jahres ausgefüllt hatte, so sprach ihm der Prätor die Sache zu, *praetor eum potiorem esse iubet.*[23] Der Grund für diese Anordnung mochte darin liegen, dass bewegliche Sachen leicht ohne

---

21) Jahrb. IV. S. 44 u. 45. 22) Leitf. §. 336 Anm. 1 S. 773.
23) *Gaius IV.* 150.

Wissen des Besitzers in fremde Hände kommen können, während sich doch dem gegenwärtigen Inhaber ein *vitium* nicht nachweisen lässt. In einem solchen Falle wollte der Prätor nicht ohne weiteres den früheren Besitzer zum Beweise seines Rechtes an der Sache nöthigen. Es schien ihm vielmehr gerechtfertigt, wenn der Erwerber, gegen den bei einer Erlangung der Sache ohne Mitwirkung ihres früheren Herrn ein starker Verdacht vitiöser Aneignung sprach, noch eine Zeit lang zur Durchführung seines Anspruchs als Kläger auftreten musste. Indem er aber zur Erreichung dieses Zweckes den Weg einschlug, den alten Besitz für noch nicht absolut aufgehoben zu erklären, so lange nicht Jemand fehlerfreien Besitz während längerer Zeit, als der Entsetzte die Sache im letzten Jahre gehabt hatte, darthun könne, bewies er auf das schlagendste, dass zur Annahme gegenwärtigen Besitzes bei einem *interdictum retinendae possessionis* die thatsächliche Herrschaft über die Sache im Augenblicke des *interdictum redditum* durchaus nicht erfordert werde.

Wenn sich Schmidt[24] mit dieser Thatsache dadurch abfindet, dass er die Bezeichnung des *interdictum utrubi* als ein *interdictum retinendae possessionis* für eine „ungenügende" erklärt, so erscheint mir dies doch mehr als willkürlich. Es handelt sich um die Erkenntniss eines positiven Rechtssatzes, und zu diesem Zwecke haben wir aus den feststehenden Thatsachen Folgerungen zu ziehen, die dadurch nicht modificirt werden können, dass wir über die Thatsache selbst unser billigendes oder missbilligendes Urtheil aussprechen.

Nach dem bisher Ausgeführten werden Stellen nicht mehr Bedenken erregen können, in denen das *interdictum uti possidetis* als Schutzmittel für den gegenwärtigen Besitz erklärt, und desshalb Besitz zur Zeit des prätorischen Befehles erfordert wird. Gegen jeden Dritten bedarf man zum Siege des thatsächlichen Besitzes, da es ohnedies an jedem Anhalte für eine Verurtheilung des Verklagten fehlen würde, gegen den Dejicienten aber wird man als gegenwärtiger Besitzer angesehen, da dessen fortgesetzte thatsächliche Herrschaft für eine dauernde Störung fremden Besitzes

24) Interd. S. 115 Anm. 33.

erklärt werden kann. So ist es ganz gerechtfertigt, wenn Gaius als den Kern der richterlichen Untersuchung die Frage bezeichnet: *uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit*[25], was dann in den Institutionen Justinian's nach Wegfall des *reddere interdictum* verwandelt werden musste in ein „*litis contestatae tempore detinet*".[26] Dabei ist allerdings das Wort „*detinet*" nicht geschickt gewählt. Doch ist es undenkbar, dass durch dieses eine Wort das in mehreren Stellen ausdrücklich recipirte alte Recht beiläufig geändert sein sollte, wesshalb denn auch Theophilus in seiner Paraphrase das für den Besitz regelmässig gebrauchte Wort „νέμεσθαι" nicht „κατέχειν" setzt.

Besonderes Gewicht legen die Gegner auf die *l.* 1 §. 4 *uti poss.* 43, 17, wo Ulpian den Gegensatz zwischen dem *interdictum retinendae* und *recuperandae possessionis* folgendermassen beschreibt:

> *Est igitur hoc interdictum, quod vulgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis; nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. Et consequenter proponitur post interdictum unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur, ne amittatur possessio. Denique Praetor possidenti vim fieri vetat, et illud quidem interdictum oppugnat possessorem, hoc tuetur. Et, ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus.*

Volle Berechtigung gewinnen die Ausdrücke dieser Stelle erst, wenn wir gesehen haben werden, wie das *interdictum uti possidetis* bei seiner weiteren Ausbildung auch dazu diente, den von Seiten des Gegners gar nicht in Anspruch genommenen Besitz an einem Grundstücke gegen ungerechtfertigte Störungen zu sichern. Nachdem es einmal diese Funktion erhalten hatte, musste es ganz vorzugsweise oft zu diesem Zwecke angestellt werden, da ein Zweifel über den gegenwärtigen Besitzer eines Grundstückes verhältniss-

25) *Gaius IV.* §. 166.

26) §. 4 *I. de interd.* 4, 15 cf. *Theophilus ad h. l.*

mässig nur selten durch einen richterlichen Spruch entschieden zu werden braucht. Aber wenn wir auch das Interdikt in der bisher allein besprochenen Richtung in's Auge fassen, und an den Fall denken, in welchem der vitiös Entsetzte klagend gegen den Entsetzenden auftritt, so erscheint der von Ulpian hervorgehobene Unterschied zwischen dem *interdictum retinendae* und *recuperandae possessionis* dennoch als vollkommen begründet. Sind die obigen Ausführungen richtig, so dient auch in diesem Falle das Interdikt zum Schutze des gegenwärtigen Besitzers. Der Kläger erbittet einen Ausspruch des Prätors, in welchem dieser sein: *possidenti vim fieri veto* aufstellt, und lässt sich die Strafsumme versprechen mit der Sponsion: *„si possidenti mihi vis facta est“*. Ganz anders tritt uns das *interdictum recuperandae possessionis* entgegen. Hier erklärt sich auch formell der Kläger für entsetzt und beansprucht eben desshalb Herausgabe der entzogenen Sache. Und zwar ist dies nicht etwa nur ein Unterschied in dem Aeusseren des Verfahrens, das dennoch in beiden Fällen materiell zu denselben Resultaten führte. Das Objekt der Leistung war ein wesentlich anderes, je nachdem der Entsetzte das *interdictum retinendae* oder *recuperandae possessionis* anstellte. Bei jenem verlangte er nichts als Schutz für den vorhandenen Besitz. Wenn dieser in Zukunft nicht gestört wurde, so hatte der Kläger seinen Zweck erreicht. Nur das bevorstehende *vim facere* soll ausgeschlossen werden. Es muss sich desshalb der Entsetzte für vollkommen befriedigt erachten, wenn ihm das fragliche Grundstück in Natur restituirt und fernere Störung unterlassen wird. Von einer Verbindlichkeit zum Ersatze des durch die Entsetzung verursachten Schadens kann nicht die Rede sein, da das Verbot des Prätors nur für die Zukunft wirken kann. Selbst für einen Anspruch auf Ausgleichung der nach dem *interdictum redditum* durch Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl herbeigeführten Beschädigung des Klägers, war im *interdictum uti possidetis* bei dem alten Verfahren, wie es oben geschildert ist, kein Platz. Es blieb dem Kläger nichts übrig, als die weiteren Prozessverhandlungen möglichst zu beschleunigen, um dann durch die *fructus licitatio* entweder die Verfügung über die Sache

selbst oder doch die Grundlage für weitere Forderungen zu erhalten. Mit dem *interdictum unde vi* dagegen kann der Entsetzte nicht nur das entzogene Grundstück, sondern zugleich vollen Ersatz aller Nachtheile vom Augenblicke der geschehenen Entsetzung ab verlangen[27], und bei dem *interdictum de precario* wird wenigstens eine Verpflichtung des Verklagten auf Höhe des Werthes angenommen, welchen der Kläger durch sofortige Leistung auf Grund des prätorischen Befehles gehabt haben würde.[28]

Hieraus ergiebt sich von selbst, dass derjenige, welchem ein *interdictum recuperandae possessionis* zur Disposition stand, bei klarer Einsicht in das Verhältniss ganz regelmässig dies viel vortheilhaftere Rechtsmittel dem *interdictum uti possidetis* vorzog, so dass dasselbe nur höchst ausnahmsweise von einem Dejicirten angestellt sein mag. Die recuperatorische Wirkung trat desshalb thatsächlich wohl nur hervor, wenn sich Jemand irrthümlich für den gegenwärtigen Besitzer hielt, oder wenn der Dejicirte von dem vitiösen Besitzer als Verklagter in Anspruch genommen wurde. Auch aus diesem Grunde war Ulpian berechtigt, in der *l.* 1 §. 4 cit. nur die Seite des *interdictum uti possidetis* hervorzuheben, vermöge deren es den noch vorhandenen Besitz gegen Störungen sichert, und ihm die *interdicta recuperandae possessionis* als Mittel zur Wiedererlangung der entzogenen thatsächlichen Herrschaft entgegenzusetzen. Einen interessanten Beweis für die Richtigkeit der gemachten Bemerkung liefert uns Paulus *sent.* V. 6. Hier erörtert der Jurist die Frage, welche Rechtsmittel dem gewaltsam eines Schiffes Beraubten zuständen. Er bestreitet die Zulässigkeit des *interdictum unde vi,* da dieses nur bei der Vertreibung aus Grundstücken möglich sei, und verweist den Verletzten zur Wiedererlangung seiner Sachen auf eine Klage *„exemplo iudicii vi bonorum raptorum“*. Das *interdictum utrubi* wird gar nicht erwähnt, obgleich im §. 1 ausdrücklich anerkannt ist, dass über den Sieg der Besitz *maiore parte anni* entscheide, ein Zweifel also über die Zuständigkeit wenigstens während

---

27) Paul. *sent.* V. 6 §. 8. *l.* 1 §. 33—41 *de vi et vi arm.* 43, 16.

28) *l.* 8 §. 4 *de prec.* 43, 26.

eines halben Jahres nach keiner Auffassung obwalten konnte. Der Grund liegt offenbar in dem eng begrenzten Umfange der Verurtheilung bei einem *iudicium retinendae possessionis*, wesshalb sich die Anstellung eines solchen als eine höchst verkehrte Massregel erweisen musste.

Stets war das recuperatorische Rechtsmittel nothwendig, wenn der Dejicient den Besitz des Grundstückes bereits selbst wieder verloren hatte. In einem solchen Falle konnte der Dejicirte in keiner Weise mehr als gegenwärtiger Besitzer angesehen werden, denn es fehlte ja nun auch an einem Besitze seines Gegners, der ihm im *possessorium* hätte zugerechnet werden können. Dagegen ist ausdrücklich hervorgehoben, dass zum Siege mit dem *interdictum unde vi* der gegenwärtige Besitz des Verklagten nicht erfordert wird,[29] und bei dem *interdictum de precario* schadet wenigstens der Verlust des Besitzes auf Seiten des *precario accipiens* nichts, wenn derselbe doloser Weise herbeigeführt ist.[30]

Die letzten Ausführungen haben gezeigt, wie verkehrt der Einwand gegen die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* ist, es würde dasselbe durch eine solche den *interdictis recuperandae possessionis* vollkommen gleich gestellt sein. Damit pflegt man den weiteren Einwand zu verbinden, dass bei der Möglichkeit, einen entzogenen Besitz durch das *interdictum retinendae possessionis* wieder zu erlangen, die *interdicta recuperandae possessionis* als vollkommen überflüssig erschienen. Hält man, wie ich dies thue, die *interdicta recuperandae* für die älteren, so fragt es sich, wesshalb man auch die neueren *interdicta retinendae possessionis* recuperatorisch wirken liess, und nicht den Dejicirten ein für alle Mal auf die zu diesem Zwecke besonders aufgestellten Rechtsmittel verwies. Die Antwort ist bereits in dem früher Gesagten gegeben. Es war ein Gebot des praktischen Verstandes, welches in der geschilderten Behandlung des Interdiktes ausgeführt wurde. Man vermied die Nothwendigkeit eines doppelten Prozesses und die vorläufige Sanktionirung eines rechtlich nicht geschützten Zustandes,

29) *l.* 1 §. 42. *l.* 15 *de vi et vi arm.* 43, 16.
30) *l.* 8 §. 3 *de prec.* 43, 26.

indem man die im Prozesse festgestellte vitiöse Entsetzung einer Partei durch die andere nur als Störung des fortgesetzten Besitzes behandelte. Auch musste ja jedenfalls recuperatorische Wirkung des Interdiktes im Falle der heimlichen Occupation angenommen werden, da es hiergegen ein selbständiges Rechtsmittel nicht gab.[31]

Geht man aber gar von dem Gedanken aus, dass die *interdicta recuperandae possessionis* die jüngeren Rechtsbildungen seien, so erledigt sich die Frage, wesshalb man neben den recuperatorisch wirkenden *interdicta retinendae possessionis* noch besondere Rechtsmittel zur Wiedererlangung eines gewaltsam oder bittweise entzogenen Grundstückes entwickelt habe, auf das einfachste. Denn einmal genügte der Schutz der *interdicta retinendae possessionis* nicht, wenn der Entsetzende den Besitz selbst wieder aufgegeben hatte, und sodann war es gerechtfertigt, die Verurtheilung zu erweitern, wenn mit der Rückgabe der Sache an den Entsetzten eine volle Entschädigung desselben noch nicht erreicht war. Unmöglich kann man den hiernach zwischen dem *interdictum uti possidetis* und den *interdicta recuperandae possessionis* bestehenden Unterschied mit Sintenis[32] einen „künstlich" geschaffenen nennen, vielmehr ist es durchaus nothwendig, jene beiden Rechtsmittel als selbständig neben einander bestehende Rechtsbildungen anzuerkennen.

Schliesslich möge noch ein Bedenken erörtert werden, welches man aus der *l.* 17 *pr. de a. r. p.* 41, 2 entnehmen könnte. Diese Stelle lautet:

> *Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.* (Ulpianus)

Sie scheint, wie schon Savigny[33] bemerkt hat, in ihrem

---

31) Vangerow's Leitf. I §. 336 S. 773 Bemerkung gegen den erhobenen Einwand, er passe nicht auf das *interdictum utrubi*, scheint mir nicht recht schlagend zu sein. Denn wenn es auch keine besonderen *interdicta recuperandae possessionis* für bewegliche Sachen gab, so standen doch regelmässig dem Entsetzten andere Klagen zu Gebote, auf die er ebenso hätte verwiesen werden können, wie der Besitzer eines Grundstückes auf die *interdicta recuperandae possessionis*.

32) §. 46 Anm. 19. 33) Bes. §. 11 S. 192 Anm. 3.

ursprünglichen Zusammenhange von der Frage gehandelt zu haben, wer als *possessor* eines Grundstückes von der Verpflichtung, in gewissen Fällen Caution zu bestellen, befreit sei. Wenigstens spricht dafür die Inscription, welche sie als Bruchstück des 76. Buches aus Ulpian's Schrift „*ad Edictum*“ erscheinen lässt, während die Inscriptionen der *l.* 11 und 12 *qui satisd. cog.* 2, 8, die dem 75. und 77. Buche entnommen sind, beweisen, dass Ulpian in diesem Theile seines Werkes von der Cautionspflicht gehandelt hat. Ulpian will also ausführen, dass der gewaltsam Entsetzte keine Caution zu bestellen brauche, da er noch einem gegenwärtigen Besitzer gleich stehe. Hätte der Dejicirte, so könnte man mit viel Schein geltend machen, noch ein *interdictum retinendae possessionis* gehabt, so musste Ulpian auf dieses Rechtsmittel hinweisen, dessen Name ja schon seine Behauptung gerechtfertigt haben würde. Wenn er trotzdem nur die Zuständigkeit eines *interdictum de vi* hervorhebt, so beweist dies, dass das *interdictum uti possidetis* nie zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes führen konnte. Dagegen lässt sich kaum einwenden, dass bei wirklicher Entsetzung regelmässig das *interdictum unde vi* angestellt wurde, da diese Thatsache das Argument aus der Zulässigkeit eines *interdictum retinendae possessionis* nicht würde haben entkräften können. Wohl aber rechtfertigt eine andere Erwägung Ulpian's Betonung des *interdictum de vi.* Die Besitzer von Grundstücken wurden von der Caution befreit, weil sie durch ihren Besitz hinreichende Sicherheit zu bieten schienen. Die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit war bei ihnen geringer. Desshalb musste aber auch, wenn man einen gewaltsam Entsetzten wegen des ihm zustehenden Rechtsmittels dem gegenwärtigen Inhaber gleichstellen wollte, dasjenige Rechtsmittel bezeichnet werden, welches dem Vertriebenen die grösste Sicherheit einer Schadloshaltung gewährte. Dies war aber offenbar das *interdictum unde vi,* dessen Umfang nicht nur ein weiterer war als der des *interdictum uti possidetis*, sondern das auch durch den Besitzverlust des Dejicienten nicht vereitelt werden konnte.

So ergiebt sich denn als Resultat der Untersuchung, dass nicht nur innere Gründe, sondern auch mehrfache

Quellenzeugnisse die Möglichkeit einer recuperatorischen Wirkung des *interdictum uti possidetis* darthun, während sich alle Einwände gegen diese Lehre als unhaltbar herausgestellt haben.

Es drängt sich uns aber noch eine Frage auf, deren Beantwortung ich bei allen Vertheidigern einer recuperatorischen Wirkung des *interdictum uti possidetis* vermisst habe, die Frage nämlich, in welcher Weise die Berufung auf eine vitiöse Entsetzung für oder gegen den Erben des Entsetzten oder des Entsetzers zulässig war?

Was zunächst den Erben des Entsetzten anbelangt, so steht fest, dass der Erbe von einem Rechtsmittel zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes keinen Gebrauch machen kann, ohne im Besitze der fraglichen Sache zu sein. Nicht minder sicher ist die Regel, dass mit dem Antritte der Erbschaft der Besitz des Erblassers nicht von selbst auf den Erben übergeht. Als thatsächliches Verhältniss muss er durch besondere Ergreifung des betreffenden Objektes selbständig für den Erben begründet werden.[34] Ja selbst der durch einen Detentor ausgeübte Besitz wird von dem Erben nicht durch den blosen Willen, in das Verhältniss des Erblassers einzutreten, erworben, es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Verständigung mit dem Detentor, damit dieser nunmehr als Stellvertreter des Erben erscheine.[35] Aus diesen Sätzen scheint mit Nothwendigkeit zu folgen, dass der Erbe des Entsetzten das *interdictum uti possidetis* mit Erfolg nicht anstellen kann, sofern er nicht zuvor die thatsächliche Herrschaft über das Grundstück erworben hat. Dennoch glaube ich das Gegentheil behaupten zu müssen. Diejenigen Gegenstände, welche der Erblasser in körperlichem Besitze hatte, muss allerdings der Erbe *corporaliter comprehendere*, um zu ihnen in ein durch Interdikte geschütztes Verhältniss zu kommen. Wenn aber der Erblasser selbst nur in dem Sinne *iustus possessor* war, dass er im Interdiktenverfahren dem vitiösen Dejicienten gegenüber den Sieg zu erringen vermochte, so bedarf es auch für den Erben keiner thatsäch-

34) *l.* 23 *pr. de a. r. p.* 41, 2. *l.* 1 §. 15 *Si is qui test.* 47, 4.

35) *l.* 30 §. 5 *de a. r. p.* 41, 2.

lichen Ergreifung der Sache, um die Grundlage für das *interdictum uti possidetis* zu gewinnen. Er eignet sich die *iusta possessio* an, indem er als gegenwärtiger Besitzer dem vitiösen Occupanten gegenüber auftritt. Dieser kann durch den Tod des Entsetzten in keine bessere Lage kommen. Er kann nichts dagegen einwenden, wenn er in dem Streite mit dem Erben nach denselben Grundsätzen behandelt wird, die in einem Prozesse mit dem Erblasser massgebend gewesen sein würden. Es ist dies dasselbe Princip, welches auch in der *l.* 3 §. 2 *de itin. actuque priv.* 43, 19 zur Anwendung gebracht ist. Dort heisst es:[36]

> *Nam et Pedius scribit, si vi aut clam aut precario ab eo sit usus, in cuius locum hereditate vel emtione aliove quo iure successi, idem esse dicendum; quum enim successerit quis in locum eorum, aequum non est, nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cuius locum successimus.* (Ulp.)

Allerdings ist diese Stelle nicht direkt beweisend für den aufgestellten Satz, da hier der Successor wirklichen Besitz hat, und es sich nur fragt, ob ihm gegenüber eine Berufung auf Handlungen zulässig sei, die gegen den Auctor wegen des ihnen anhaftenden *vitium* zur Begründung eines quasipossessorischen Rechtsmittels nicht geeignet gewesen sein würden. Doch ist eine Analogie insofern immerhin gerechtfertigt, als auch hier dem Successor gestattet wird, die rechtliche Bedeutung einer Handlungsweise in Abrede zu stellen, die nicht ihm gegenüber vitiös gewesen ist. Wichtiger dürfte der Ausspruch der *l.* 8 §. 1 *de precario* 43, 26 sein:

> *Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur, et ita et Sabinus et Celsus scribunt, eoque iure utimur. Ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat, et adiicit, etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere.* (Ulp.)

---

36) Von der ersten Hälfte der Stelle mache ich absichtlich keinen Gebrauch, da die Lesart bestritten ist. Entscheidet man sich mit Savigny, Bes. §. 46 für den Text: *ab actore*, so würde aus ihr für unseren Zweck nichts zu entnehmen sein.



der in *l.* 12 §. 1 *eod.* seine Bestätigung findet. Hier wird ausdrücklich von dem einen der *tria vitia* gesagt, dass es dem Erben gegenüber in gleicher Weise bestehe wie gegen den Erblasser, und wenn sich auch die Stellen zunächst nur auf das *interdictum recuperandae possessionis* beziehen, so wird doch die Folgerung nicht von der Hand zu weisen sein, dass die *precaria possessio* nach allgemeinen Grundsätzen auch im *interdictum uti possidetis* geltend gemacht werden kann.

Rücksichtlich des Erben des Entsetzers wird der Satz weniger Bedenken erregen, dass jener, sofern er nur überhaupt den Besitz der fraglichen Sache ergreift, in das *vitium* seines Erblassers eintritt. Es ist dies ja ein ganz allgemeines Princip, dass die juristische Behandlung des von dem Erben erworbenen Besitzes ganz von dem Verhältnisse abhängt, in welchem der Erblasser zu der Sache stand, so dass die rechtliche Qualifikation des früheren Besitzes auf den des Erben übertragen wird. So sagt *l.* 11 *de div. temp. praescr.* 44, 3:

> *Cum heres in omne ius defuncti succedit, ignoratione sua vitia non excludit, veluti cum sciens alienum ille vel precario possedit.* (Pap.)
>
> *l.* 1 §. 10 *quod legator.* 43, 3: *Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque eius ceterosque successores.* (Ulp.)

womit zu vergleichen sind: *l.* 3 §. 4 *de a. r. p.* 41, 2. *l.* 4 §. 15. *l.* 10 *l.* 43 *pr. de usurp. et usuc.* 41, 3. *l.* 2 §. 19 *pro emptore* 41, 4. §. 12 *I. de usuc.* 2, 6. *c.* 11 *de a. r. p.* 7, 32. Wenn in *l.* 11 *de div. temp. praescr.* 44, 3 und *l.* 12 §. 1 *de prec.* 43, 26 der Uebergang des *precarium* auf den Erben des *precario rogans* in Abrede gestellt wird, so bezieht sich dies doch nur auf das Eintreten in die aus dem Vertragsverhältnisse sich ergebenden besonderen Rechte und Pflichten. Auch Celsus und Papinian haben sicher nicht in Abrede stellen wollen, dass der Besitz als ein prekärer behandelt werden müsse.

Aber wenn auch hiernach das praktische Resultat als feststehend angesehen werden darf, dass der Erbe des Entsetzten eben so wie sein Erblasser das *interdictum uti possi-*

detis anstellen konnte, während umgekehrt der Erbe des Entsetzers durch dasselbe zur Herausgabe des von dem Erblasser occupirten Grundstückes genöthigt wurde, so bleibt immer noch zu untersuchen, wie man dies Resultat formell erreichte. Dem Erben des Entsetzers gegenüber bedurfte es wohl sicher keiner besonderen Fassung der *formula interdicti.* Ging einmal das *vitium* des Besitzes von seinem Erblasser auf ihn über, so wurde das: *uti possidetis nec vi nec clam nec precario alter ab altero* eben dahin interpretirt, dass er vitiös vom Gegner besitze. Bedenklicher erscheint dies Verfahren, wenn es sich um den Erben des Entsetzten handelt. Zwar ist das Präsens: *uti possidetis* für ihn ebenso wenig gefährlich, als es dies für seinen Erblasser gewesen sein würde, da er ja spätestens durch die Anstellung der Klage die *iusta possessio* ergriffen hat. Aber die Fassung *alter ab altero* erregt Zweifel, da ja die vitiöse Entsetzung nicht ihm gegenüber stattgefunden hat. Desshalb wäre es immerhin denkbar, dass in einem solchen Falle ein Zusatz in die Formel aufgenommen sei, durch welchen auf das Verhältniss der Beerbung hingewiesen wurde. Doch erscheint es mir auch hier wahrscheinlicher, dass man sich ohne Aenderung der Formel durch Interpretation half. Einen Anhalt kann dafür die bereits citirte *l.* 8 §. 1 *de precario* 43, 26 abgeben, wo es geradezu heisst: *quod a Titio precario quis rogaverit, id etiam ab herede eius habere videtur,* was doch auch nur gesagt werden kann, wenn man das, was für den Erblasser gilt, ohne weiteres auf den Erben überträgt.

V. Die Verjährung bei der *controversia de possessione.*

In der Formel des *interdictum uti possidetis,* wie sie uns von den Compilatoren in *l.* 1 *pr. uti poss.* 43, 17 überliefert ist, findet sich eine Hinweisung auf eine Verjährung *intra annum.* Indem wir die Frage, ob uns in jenem *pr.* ein unverfälschtes Bruchstück des prätorischen Edikts mitgetheilt

sei, noch dahingestellt sein lassen, haben wir zuvörderst zu untersuchen, in wie fern bei dem Interdikte, wie wir es bisher kennen gelernt haben, überhaupt von einer Verjährung gesprochen werden konnte. Es handelt sich also um die Frage nach der Verjährung bei dem *interdictum uti possidetis* als Mittel zur Festsetzung eines streitig gewordenen Besitzes.

Insofern jede Partei zur Zeit des Rechtsstreites gegenwärtigen Besitz zu haben behauptet und für die Zukunft in demselben geschützt zu sein wünscht, scheinen die Voraussetzungen für die Möglichkeit einer Verjährung überhaupt nicht vorzuliegen. Es darf offenbar einem Zustande der Rechtsschutz desshalb nicht entzogen werden, weil er bereits lange Zeit bestanden hat, so dass die Bitte um ein Interdikt zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes nie und nimmer durch die Einrede der Verjährung ausgeschlossen sein kann. Der Besitzer hat zu allen Zeiten das Recht, ein Interdikt gegen zukünftige Störungen auszuwirken.

Dabei könnte jedoch in einer Beziehung der Ablauf eines bestimmten Zeitraumes einen Einfluss ausgeübt haben. Es könnte die Berufung auf vitiöse Entsetzung gebunden gewesen sein an eine vorgeschriebene Zeit, so dass nach Ablauf derselben der Dejicient auch dem Dejicirten gegenüber als fehlerfreier Besitzer hätte geschützt werden müssen. Dass aber diese Möglichkeit nicht positives Recht gewesen sei, beweist schon ein Blick auf die Beschreibung des Verfahrens, wie wir sie bei Gaius finden. Nicht mit einer Sylbe wird dort eines bestimmten Zeitraumes gedacht, innerhalb dessen allein der Zusatz: *nec vi nec clam nec precario alter ab altero* Aufnahme in die Formel fand. Ebenso wenig wird seine Wirksamkeit davon abhängig gemacht, dass seit der vitiösen Entsetzung etwa ein *annus utilis* noch nicht verstrichen sei, wesshalb denn selbstverständlich der Richter, ohne alle Rücksicht auf die Zeit, die Folgen eines vitiösen Besitzes eintreten lassen musste. Zum Ueberflusse haben wir einen ganz direkten Ausspruch Ulpian's, der in *l.* 1 §. 5 *uti poss.* 43, 17 ausdrücklich sagt:

> *Perpetuo autem huic interdicto insunt haec, quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.*

Nach den früheren Ausführungen folgt daraus, dass man auch den vitiös entzogenen Besitz von dem besitzenden Dejicienten *perpetuo* mit dem *interdictum uti possidetis* wiedererlangen konnte. Denn wenn der Entsetzer ohne Rücksicht auf die Zeit der Entsetzung dem Verletzten gegenüber schutzlos blieb, so musste umgekehrt dieser sich fortdauernd den Besitz seines Gegners anrechnen, seinen eigenen als nur gestört behandeln können.

Aus dieser Consequenz, die bisher kaum genügend hervorgehoben sein dürfte, lässt sich wohl der gewichtigste Grund gegen die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* hernehmen, dessen Besprechung ich bis jetzt ausgesetzt habe, weil ich der Erörterung über die Verjährung bei dem Interdikte nicht vorgreifen wollte.

Bekanntlich wird in *l.* 8 §. 7 *de prec.* 43, 26 die Frage verhandelt, ob das *interdictum de precario intra annum* verjähre. Der Jurist verneint dies: *quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, locum non habere post annum.* Dagegen erklärt der Prätor betreffs des *interdictum unde vi*, dass er dasselbe nur *intra annum* geben wolle.[1] Es lässt sich nun mit vielem Scheine geltend machen, dass die Frage nach der Verjährung bei dem *interdictum de precario* kaum aufgeworfen, bei dem *interdictum unde vi* anders, als es geschehen, entschieden sein würde, wenn man die entzogene Sache *in perpetuum* mit dem *interdictum uti possidetis* hätte wieder erlangen können. Dagegen kann man aber zunächst erwidern, wie es an sich gar nicht undenkbar wäre, dass eine in ihrem Resultate eng begrenzte Klage fortbestehe, während weitergreifende, die eine Zeit lang mit jener concurrirten, bereits weggefallen sind. Schon desshalb war die Untersuchung über die Verjährung des *interdictum de precario*, um von diesem zunächst zu handeln, trotz der dauernden recuperatorischen Wirkung des *interdictum uti possidetis* ganz gerechtfertigt. Dazu kommt, dass bei einseitigen Interdikten, bei denen einer Partei eine Leistung auf Grund von Ereignissen, die in der Vergangenheit lagen, angesonnen wurde, die Frage

1) *l.* 1 *pr. de vi et vi arm.* 43, 16.



nach der Verjährung sehr nahe lag. Während Niemand auf den Gedanken kommen konnte, die Klage zum Schutze eines gegenwärtigen Besitzes durch eine *praescriptio temporis* auszuschliessen, musste nothwendiger Weise festgestellt werden, ob die bei prätorischen Klagen regelmässig angeordnete kurze Verjährungsfrist auch Anwendung finden könne auf das Rechtsmittel, mit welchem man die *precario* übertragene Sache zurückverlangt.

Schwieriger wäre das Bedenken rücksichtlich des *interdictum unde vi* zu beseitigen, wenn wirklich feststände, dass nach einem Jahre das gewaltsam occupirte Grundstück mit diesem Interdikte dem vitiösen Occupanten nicht mehr abgefordert werden könne. Zwar würde auch hier an sich der kürzeren Verjährung eines umfassenderen Rechtsmittels nichts entgegenstehen, aber es würde dann doch sicher die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis*, die nach Wegfall des *interdictum recuperandae possessionis* eine ganz besondere Wichtigkeit gehabt hätte, entschiedener in den Quellen hervorgehoben sein. Jene Annahme ist aber nicht berechtigt. So lange der Dejicient das entzogene Grundstück noch besitzt, so lange kann er auch mit dem *interdictum unde vi* belangt werden, auch wenn der *annus utilis* schon längst verstrichen ist. Der Prätor verspricht die Klage *post annum de eo quod ad eum, qui vi dejicit, pervenerit.*[2] Nun bewirkt zwar der Besitz an sich noch keine Bereicherung, auf Grund deren eine selbständige, von der Dauer der Bereicherung unabhängige reipersekutorische Klage zur Entstehung käme, wesshalb z. B. die Erben eines Delinquenten, auf welche die durch das Delikt erlangte Sache thatsächlich gekommen ist, bei dem Untergange derselben ohne materiellen Vortheil für die Besitzer von jeder Verbindlichkeit frei werden.[3] Immerhin aber gewährt der Besitz Vortheile, welche man demjenigen, der die Sache durch eine unerlaubte Handlung erworben hat, nicht ohne Verstoss gegen den Grundsatz: *Nemo ex suo delicto meliorem*

2) *l.* 1 *pr. l.* 3 §. 12 *de vi et vi arm.* 43, 16.

3) Vergl. *l.* 18 *quod metus causa* 4, 2 und dazu meine Schrift über die Bereicherungsklagen §. 40 S. 320 ff.

suam conditionem facere potest[4] belassen kann. Der Besitz gehört, so lange er noch in den Händen des Dejicienten ist, sicherlich zu dem, *quod ad eum pervenit.* Desshalb muss auch *post annum* die Restitution des Grundstückes mit dem *interdictum unde vi* erzwungen werden können.[5]

Dieses aus der Natur der Sache sich ergebende Resultat wird ausdrücklich bestätigt durch *l.* 7 §. 5 *communi divid.* 10, 3, wo für einen Fall, in welchem der Dejicient das occupirte Grundstück noch in Händen hatte, entschieden wird: *placuit etiam post annum in eum qui vi dejecit interdictum reddi.* Es steht aber scheinbar in Widerspruch mit zwei Codexstellen, der *c.* 2 *unde vi* 8, 4 und der *c.* 1 *si per vim* 8, 5. Die erste lautet:

> *Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum annus utilis excessit, certissimi iuris est.* (Diocletianus et Maximianus)

Es wird danach die Restitution abhängig gemacht von der Geltendmachung des Rechtsmittels binnen eines *annus utilis,* so dass man die Unmöglichkeit, nach Ablauf jener Frist die Restitution zu erzwingen, scheint folgern zu müssen. Doch haben die Kaiser sicherlich die volle Restitution im Sinne gehabt, wie sie innerhalb der kürzeren Frist beansprucht werden konnte, ohne damit die Nothwendigkeit, die Sache selbst auch *post annum* herauszugeben, in Abrede stellen zu wollen. Es lag ihnen eben ein Fall zur Entscheidung vor, in welchem es sich um vollen Schadensersatz handelte, und nur für diesen concreten Rechtsstreit stellten sie das leitende Princip auf. Bedenklicher ist die zweite Stelle. Sie enthält nicht ein Rescript, wie die *c.* 2 cit., sondern eine selbständige Constitution Constantin's, in welcher er durch besondere Bestimmungen die von ihren Grundstücken Abwesenden gegen die Nachtheile einer vitiösen Occupation zu schützen

---

4) *l.* 134 §. 1 *de d. r. i.* 50, 17.

5) Die in *l.* 2 *de cond. trit.* 13, 3 und *l.* 25 *pr.* §. 1 *de furtis* 47, 2 erwähnten *condictiones possessionis* unterscheiden sich vielleicht von dem *interdictum unde vi* dadurch, dass es bei ihnen nie auf die Fortdauer des Besitzes bei dem Delinquenten ankam, vielmehr stets der Werth der *possessio* gefordert werden konnte, wie bei der *condictio furtiva* der Werth der gestohlenen Sache.

sucht. Nachdem er die Richter angewiesen hat, auch solche Stellvertreter, die zum Prozesse nicht beauftragt oder als Sklaven überhaupt dazu nicht befähigt seien, zur Klage gegen den Dejicirten zuzulassen, fährt er fort:

> *Sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri convenit, ut eos momentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulgemus, quia fieri potest, ut restitutio propter servos infideles vel negligentes propinquos vel parentes vel proximos vel amicos vel colonos vel libertos interea differatur. Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni praestitutum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quae supererunt ad disceptationem litigii, immutilata permaneant etc.*

Offenbar ist es die Absicht des Kaisers, neue, dem Dejicirten günstigere Bestimmungen einzuführen. Und zwar besteht seine Fürsorge darin, dass er das alte *tempus recuperandae possessioni praestitutum* für den während seiner Abwesenheit Dejicirten wegfallen lässt, und ihm gestattet, *quolibet tempore* die *actio recuperandae possessionis* anzustellen. Bezöge sich das durch den Kaiser der kurzen Verjährung entzogene Rechtsmittel nur auf die Wiedererlangung des Besitzes, so müsste man in der That einen Irrthum des Kaisers annehmen, der eine neue Hülfe zu gewähren glaubt, wo das alte Recht bereits ausreichte. Doch lässt sich dieser missliche Ausweg wohl dadurch vermeiden, dass man die Neuerung Constantin's in der unbeschränkten Zulassung des Interdikts in seinem vollen Umfange auch nach Ablauf des *annus utilis* findet. Die *restitutio*, von deren Verzögerung der Kaiser spricht, umfasst danach nicht nur die Herausgabe des Grundstückes selbst, sondern auch Ersatz alles durch die Dejektion verursachten Schadens. Es ist die Leistung, die *l.* 1 §. 42 *de vi et vi arm.* 43, 16 im Sinne hat, wenn sie sagt: *Ex interdicto unde vi etiam is qui non possidet restituere cogetur.* Zu der gewählten Ausdrucksweise ist der Kaiser ebenso berechtigt, wie es die klassischen Juristen waren,

wenn sie von einer prätorischen Pönalklage schlechthin sagten, sie werde nur *intra annum* gegeben, ohne zugleich die Zuständigkeit auf Herausgabe der Bereicherung auch *post annum* zu gewähren. Keinesfalls wird man aus dieser Stelle mit solcher Sicherheit auf die Unmöglichkeit, *post annum* das entzogene Grundstück mit dem *interdictum unde vi* wieder zu erlangen, schliessen können, um ein anderweit bestätigtes aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit sich ergebendes Resultat zu verwerfen.

Steht aber fest, dass auch das recuperatorische Rechtsmittel *post annum* noch dazu gebraucht werden konnte, dem gewaltsamen Occupanten den Besitz abzustreiten, so fällt der Einwand, welchen man aus der Verjährung des *interdictum unde vi* gegen die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* herleiten könnte, zusammen. Das *in perpetuum* zum Siege gegen den vitiösen Besitzer führende *interdictum uti possidetis* gewährte dem Dejicirten auch *post annum* keinen Vortheil, den er nicht mindestens in demselben Umfange auch durch das *interdictum unde vi* erlangen konnte. Ob die später eingeführte allgemeine Klagenverjährung von dreissig Jahren einen Einfluss ausgeübt hat auf die Stellung des vitiösen Occupanten zum Dejicirten, kann zunächst unerörtert bleiben, da wir es gegenwärtig mit einer Zeit zu thun haben, in welcher eine solche allgemeine Verjährung noch nicht eingeführt war. Dagegen will ich schliesslich darauf hinweisen, wie die *l.* 7 §. 5 *comm. div.* 10, 3, sofern die oben von dieser Stelle gegebene Erklärung richtig ist, eine direkte Bestätigung der Behauptung enthalten würde, dass mit dem *interdictum uti possidetis in perpetuum* Restitution der Sache von dem vitiösen Besitzer erlangt werden konnte. Denn es würde dann gegen den heimlichen Besitzer das *iudicium communi dividundo* auch *post annum* versagt, „*quia et de clandestina possessione competere interdictum* (*scil. uti possidetis*) *inquit*".

So ergiebt sich denn, dass eine Verjährung auch nicht rücksichtlich des Rechtes, die *vitia possessionis* auf Seiten des Gegners geltend zu machen, eintreten konnte.

Eine weitere Möglichkeit für die Anwendung der Verjährungsgrundsätze im *interdictum uti possidetis* zeigt sich

uns in der Frage, ob der Ungehorsam gegen das prätorische Edikt ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit zur gerichtlichen Untersuchung gestellt werden konnte? Es wäre hier die Festsetzung einer bestimmten Frist sehr wohl denkbar. Die Form für die prozessualische Durchführung einer solchen Verjährung würde dann die einer *exceptio temporalis* in den abzuschliessenden Pönalstipulationen gewesen sein. Dabei könnte man entweder nach Analogie der Formel des *interdictum unde vi*[6] an eine etwa folgendermassen lautende Sponsion denken: *si mihi possidenti contra Praetoris edictum in hoc anno vim fecisti, c dare spondes?* oder nach Analogie der *l.* 10 *pr. quae in fr. cred.* 42, 8 an eine Sponsion: *si mihi possidenti contra Praetoris edictum vim fecisti nec plus quam annus est, quum de ea re experiundi potestas est, c dare spondes?* Eine *exceptio* in den Formeln der Sponsionsklagen wäre nicht anzunehmen, da diese wohl ganz einfach intendirten: *Si paret NNm. c Ao Ao dare oportere etc.*

Diese Annahme scheint eine Bestätigung zu finden in der *l.* 35 *pr. de o. et a.* 44, 7:

> *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.* (Paulus)

Denn die Sponsionen vermitteln eine Strafe für den Unterliegenden, wenn sie auch ausserdem die Grundlage für weitere Verhandlungen reipersekutorischer Natur abgeben.[7]

Noch entschiedener spricht dafür Paulus *sent.* IV. 7 §. 6:

> *Edicto perpetuo cavetur, ut si tabulae testamenti non appareant, de eorum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit, quo ad exhibendum compellitur qui supprimit.*

Hier handelt es sich offenbar um eine Klage in Folge des Interdiktes und zwar wahrscheinlich um die Klage *ex sponsione*. Wollte man an die *actio arbitraria* denken, so müsste man annehmen, dass die Nothwendigkeit, sofort nach Ausspruch des prätorischen Befehles einen *arbiter* zu erbitten,

6) *Cicero pro Tullio* c. 44. 7) cf. Huschke, Gaius S. 198.

zu Paulus Zeit nicht mehr bestanden habe, was wenigstens durch andere Zeugnisse nicht weiter beglaubigt ist. Immer aber würde auch bei dieser Voraussetzung die nach einem Jahre versagte Klage der *actio ex sponsione* bei dem *interdictum uti possidetis* entsprechen, so dass also unter allen Umständen der citirte §. 6 ein gewichtiges Argument für die Ansicht zu sein scheint, es habe der Ungehorsam gegen das Interdikt nur ein Jahrlang verfolgt werden können. Wenn Paulus bei dem *interdictum de exhibendo* die Frist von dem *tempus interdicti redditi* ab rechnet, so erklärt sich dies dadurch, dass die Veranlassung für die Exhibition schon vor dem Zeitpunkte des Befehles liegen musste. Desshalb erschien der die Vorzeigung verweigernde Verklagte sofort als ungehorsam, so dass der *annus* sofort zu laufen beginnen konnte. Bei dem *interdictum uti possidetis* hätte man dagegen von dem Augenblicke der *contra edictum* verübten *vis* ab rechnen müssen, da erst dadurch eine Veranlassung zur Provocirung der Sponsionen gegeben wurde. Der Gedanke, auch hier die Wirkung des Interdiktes auf ein Jahr vom Tage des Erlasses zu beschränken, so dass nach Ablauf desselben der Besitzer, um gegen Störungen sicher zu sein, einen neuen Erlass hätte auswirken müssen, erscheint als so unpraktisch, dass er kaum einen Vertheidiger finden wird.[8]

Aber wenn auch im Allgemeinen die Vermuthung gerechtfertigt ist, dass der Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl nur innerhalb eines Jahres gerichtlich geltend gemacht werden konnte, so glaube ich doch eine Verjährung in diesem Sinne bei dem *interdictum uti possidetis* als Mittel zur Festsetzung eines zweifelhaft gewordenen Besitzes in Abrede stellen zu müssen. Zu einem Streite nach dem *interdictum redditum* kam es in einem solchen Falle nur dann, wenn fortdauernd beide Parteien Besitzer zu sein be-

8) Eine ganz andere Frage ist es, ob die bindende Kraft des prätorischen Befehles mit der Magistratur des interdicirenden Magistrates ihr Ende erreichte. Sie hängt mit der Untersuchung über die Verjährung nicht unmittelbar zusammen, und ihre Beantwortung kann hier ausgesetzt werden, da sie eingehende Erörterungen über das Verhältniss des Nachfolgers zu seinem Amtsvorgänger verlangen würde, ohne doch für unseren Zweck von wesentlicher Bedeutung zu sein.

haupteten. Wenn nun auch ausnahmsweise die weiteren Verhandlungen sich nicht sofort an den prätorischen Befehl anschlossen, etwa weil eine der Parteien sich durch die Hinausschiebung ihrer Erklärung eine Ueberlegungsfrist verschaffen wollte, so musste doch jede Partei noch im Augenblicke des Sponsionsabschlusses gegenwärtigen Besitz in Anspruch nehmen, und da in dieser Bethätigung des Willens, dem Gegner den Besitz nicht unangefochten zu überlassen, eine *vis contra edictum praetoris* gefunden wurde, so lag unter allen Umständen zur Zeit des Sponsionsabschlusses eine noch nicht verjährte *vis* vor. Durch die Verjährungseinrede hätte höchstens ein Ersatzanspruch wegen des durch eine frühere *vis* angerichteten Schadens ausgeschlossen werden können, dieser war aber in dem oben beschriebenen Verfahren überhaupt nicht geltend zu machen. Der Streit über den Besitz selbst konnte also auf Grund des Interdiktes *in perpetuum* angestellt werden, da sich die *vis* so lange in jedem Momente erneuerte, als der Anspruch auf den Besitz von beiden Seiten aufrecht erhalten wurde.

Es bleiben uns endlich noch die *iudicia secutoria* zu erörtern. Auf sie haben mehrere neuere Juristen die Verjährung im alten *Interdictum uti possidetis* zurückgeführt. So zuerst Rudorff[9], sodann Bruns[10]. Schmidt scheint die vorher für die *controversia de possessione* als unpraktisch bezeichnete Ansicht, wonach die *vis contra edictum* nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden konnte, zu vertheidigen[11], wenn er auch S. 119 Anm. 9 Rudorff's Behauptung ohne Widerspruch mittheilt. Gegen eine kurze Verjährung der *iudicia secutoria* lässt sich nun allerdings weder ein bestimmtes Quellenzeugniss vorbringen, noch ist sie aus inneren Gründen undenkbar. Dennoch dürfte für die Verjährung auch hier kein Platz gewesen sein. Das *iudicium fructuarium* beruhte ursprünglich unzweifelhaft auf einer Stipulation, der *stipulatio fructuaria*. Lässt es sich aber annehmen, dass in dieser Anwendung ausnahmsweise die Stipulationsklage einer kurzen Verjährung unterworfen gewesen sei, während

---

9) Zeitschr. XI S. 359. 10) Besitz, S. 52 a. E.
11) cf. S. 61 u. 250.

sie sonst durchweg *perpetua* war? Oder glaubt man, dass das *iudicium fructuarium* nach anderen Grundsätzen beurtheilt sei als die durch dasselbe unnöthig gewordene Stipulationsklage? Es wäre dies um so unbegreiflicher, als es sich um eine *actio rei persecutoria* handelt, von denen die allgemeine Regel gilt, dass sie auch *post annum* gegeben werden. Wollte man mir entgegenhalten, dass diese Argumentation auf das *iudicium Cascellianum* nicht passe, das, wie ich selbst ausgeführt habe, wahrscheinlich nicht aus einer Stipulationsklage hervorgegangen sei, so bleibt doch immer das Bedenken bestehen, dass wir es auch hier mit einer *actio rei persecutoria* zu thun haben, für deren kurze Verjährung ein genügender Grund sich nicht nachweisen lässt. Dazu kommt, dass mit dem *iudicium fructuarium* die Früchte bis zur Restitution der Sache in Anspruch genommen wurden[12], so dass sich nicht begreifen lässt, wie das Objekt dieser nicht verjährbaren Klage nach der Verjährung des *iudicium Cascellianum* hätte berechnet werden sollen. Wenn desshalb auch sicherlich die *iudicia secutoria,* sofern sie nothwendig waren, regelmässig sofort nach der Entscheidung der Sponsionsprozesse verhandelt zu werden pflegten, und wohl nie erst *post annum* die Herausgabe der Sache und Früchte gefordert wurde, so lässt sich doch aus den angegebenen Gründen schliessen, dass eine kurze Verjährungsfrist für diese Klagen nicht festgesetzt war.

Als schliessliches Resultat ergiebt sich also, dass bei dem *interdictum uti possidetis* als Mittel zur Festsetzung eines streitig gewordenen Besitzes von einer Verjährung überhaupt nicht geredet werden konnte, wesshalb denn die Erwähnung einer Verjährung in der Ediktsformel, wie sie sich in den Pandekten findet, auf eine weitere Verwerthung des Rechtsmittels hinweist. Davon haben wir im folgenden Abschnitte zu handeln.

12) *Gaius IV.* 167.

VI. Das Interdikt gegen einseitige Störungen.

Bisher haben wir das *interdictum uti possidetis* nur als Mittel zur Festsetzung eines streitigen Besitzes kennen gelernt. Es fragt sich aber, ob dies der einzige Fall seiner Anwendung gewesen sei, oder ob es auch von dem anerkannten Besitzer zum Schutze gegen einseitige Störungen gebraucht werden konnte?

Wenn auch den Römern der älteren Zeit der Gedanke sicher nicht im klaren Bewusstsein war, dass die Persönlichkeit eines Besitzers als solche, ohne Rücksicht auf das rechtliche Verhältniss zur Sache, in der thatsächlichen Herrschaft über dieselbe gegen alle Störungen geschützt werden müsse, selbst wenn die Störung weit davon entfernt sei, sich schon ihrer Form nach als widerrechtlich, als ein Delikt, herauszustellen, so lag doch nach der Ausbildung des *interdictum uti possidetis* in der beschriebenen Weise der Gedanke sehr nahe, dass dieses Rechtsmittel sich auch verwerthen lasse, um eigenmächtige Eingriffe dritter Personen auszuschliessen. Hatte man gegen irgend Jemand den Erlass eines prätorischen Befehles erwirkt, durch welchen das *vim fieri* ausdrücklich untersagt war, so erschien nun bei einer eintretenden Störung nicht nur die eigene Persönlichkeit in ihrer Beziehung zur Sache verletzt, sondern es lag auch ein Ungehorsam gegen eine obrigkeitliche Anordnung vor, der jedenfalls mit einer dem Verletzten zufallenden Strafsumme gerügt werden konnte. Gegen wen man sich durch die Vermittelung des Interdiktes schützen wollte, hing ganz vom eignen Ermessen ab. Es konnte Niemand sich darüber beschweren, wenn ihm durch den Prätor die Störung eines fremden Besitzes untersagt wurde. Hatte doch der prätorische Ausspruch gar keine weiteren Folgen, wenn sich der dadurch Betroffene hütete, irgendwie gegen denselben zu verstossen. Er bezog sich ja nur auf die Zukunft und war bestimmt, Handlungen zu verhindern, auf deren Vornahme man sicher kein Recht hatte. Dass thatsächlich der Besitzer eines Grundstückes von der Befugniss, ein Interdikt gegen Jemand zu erwirken, nur Gebrauch

machte, wenn eine Veranlassung vorlag, Störungen zu befürchten, ist allerdings kaum zu bezweifeln. Es werden desshalb regelmässig Eigenmächtigkeiten, die sich Jemand rücksichtlich eines fremden Besitzes erlaubt hatte, dem wirklichen Ausspruche des prätorischen Befehles vorausgegangen sein. Wichtig aber ist es zu constatiren, dass der Besitzer solche Eigenmächtigkeiten nicht erst abzuwarten brauchte, vielmehr einer besonderen Motivirung seines Antrages auf Erlass des Interdiktes nicht bedurfte. Das Gegentheil wäre schon desswegen äusserst verkehrt gewesen, weil für die einmal ausgeführten Störungen das Interdikt in keiner Weise eine Genugthuung zu verschaffen geeignet war.

Die Zeugnisse der Quellen für eine Benutzung des Interdiktes zum Ausschlusse unberechtigter Eingriffe in den Besitz sind gar nicht selten. Die einzelnen Fälle lassen sich auf zwei Hauptgruppen reduciren. Entweder besteht die *vis*, welche als Verstoss gegen das prätorische Verbot erscheint, in Handlungen, die den Besitzer in der Ausübung seiner Herrschaft über die Sache hemmen, oder sie liegt in einer Benutzung des fraglichen Grundstückes, durch welche die Ausschliesslichkeit des Besitzes aufgehoben wird. So sagt die

> *l.* 8 §. 5 *si serv. vind.* 8, 5. — — *Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti.* (Ulpianus)
>
> und *l.* 3 §. 2 *uti poss.* 43, 17. *Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibeatur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.* (Ulpianus)

womit zu vergleichen sind *l.* 52 §. 1 *de a. r. p.* 41, 2. *l.* 3 §. 4 *uti poss.* 43, 17. *l.* 14 *de iniuriis* 47, 10, während umgekehrt die *l.* 5 §. 10 *de oper. novi nunt.* 39, 1 hervorhebt:

> — *Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum quod vi aut clam, aut uti possidetis uti.* (Ulpianus)

Beide Gesichtspunkte vereinigt die *l.* 11 *de vi* 43, 16:

> *Vim facit, qui non sinit possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando,*

sive quid inaedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. (Pomponius)

Denn dass diese Stelle nur aus Versehen in den Titel *de vi et vi armata* gekommen ist, während sie von der *vis* bei dem *interdictum uti possidetis* handelt, scheint mir selbst nach der Gegenausführung von Bruns[1] nicht zu bezweifeln.

Trotz diesen Stellen wird aber zuweilen die Behauptung aufgestellt, das *interdictum uti possidetis* könne nur gegen Jemand gebraucht werden, der sich selbst den Besitz an dem fraglichen Grundstücke zuschreibe. Am weitesten gehen Wiederhold[2] und Sintenis[3], welche wirklich den *animus possidendi* verlangen. Rudorff[4] und Zielonacki[5] behelfen sich mit einer Fiktion der Besitzabsicht, die bei einer Störung des Besitzes nach dem *interdictum redditum* eintreten müsse. Vangerow[6] setzt wenigstens gänzliches oder theilweises Bestreiten des Besitzes auf Seiten des Klägers durch den Verklagten voraus.

Die äussere Stütze für diese Ansichten sind Ausdrücke, wie sie uns in *l.* 3 §. 2 und 4 *uti poss.* 43, 17 und in *l.* 52 §. 1 und 2 *de a. r. p.* 41, 2 entgegentreten, wo von dem Störenden gesagt wird: *possessionis controversiam facere videtur — possidere prohibet.* Doch weisen diese Stellen nur darauf hin, dass die Eigenmächtigkeiten, welche nach Erlass des Interdiktes die Veranlassung für das weitere Verfahren werden sollen, gegen die Person in ihrer Beziehung zur besessenen Sache gerichtet sein müssen, dass eine Störung des Besitzes erforderlich sei, da es ohne dies an einer *vis facta possidenti* fehle. Dadurch werden Handlungen als nicht geeignet bezeichnet zur Grundlage für die Sponsionen im Besitzstreite, welche ausschliesslich einen Angriff auf die Person des Klägers enthalten, wie dies z. B. bei Gewalttbä-

1) Jahrb. IV. S. 50.

2) Das *interdictum uti possidetis* (1831) S. 2—38.

3) §. 46 Anm. 6. 4) Zeitschr. XI. S. 334.

5) Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre mit einem Anhange über das *interdictum uti possidetis* 1849 S. 262 ff.

6) §. 336 Anm. I. 3.

tigkeiten gegen denselben, die aber sein Verhältniss zur Sache gar nicht berühren, der Fall sein würde. Nicht aber lässt sich daraus folgern, dass nur dann eine *vis contra edictum Praetoris* vorliege, wenn der den Besitz Störende die Absicht gehabt habe, dadurch den eigenen Besitz zu bethätigen oder auch nur den Besitz des Gegners in Abrede zu stellen. Wie hätte denn auch formell der Richter die Condemnation vermeiden können, wenn er darüber zu entscheiden hatte, ob Jemand die Sponsionssumme zahlen müsse, weil er *post interdictum redditum* den Besitzer verhindert habe, einen beabsichtigten Bau auszuführen? In einer solchen Handlung lag doch unter allen Umständen ein *vim facere possidenti*, und die Einrede des Verklagten, er erkenne den Besitz des Klägers an und behaupte selbst gar nicht, Besitzer zu sein, konnte ihn doch unmöglich von der Verpflichtung zur Zahlung der Sponsionssumme befreien. Aber auch die Annahme eines fingirten *animus possidendi* wäre einer solchen Erklärung gegenüber auf das äusserste unnatürlich, und so bleibt nichts übrig, als das Erforderniss eines bestimmten auf den Besitz gerichteten Willens auf Seiten des Störenden ganz fallen zu lassen.

Dies Resultat wird auch dadurch nicht zweifelhaft, dass unter Umständen durch dieselbe Handlung auch die *actio iniuriarum* ermöglicht wurde. Es konnte sehr wohl die Störung des Besitzes zugleich den Thatbestand einer Injurie gegen den Besitzer enthalten, so dass sie, sofern sie nur *post interdictum redditum* eintrat, dem Besitzer die Wahl zwischen der Sponsionsklage *ex interdicto* und der *actio iniuriarum* gewährte. Vor der Erwirkung des Interdiktes war dann der Besitzer gegen derartige Angriffe allein durch die letztere Klage geschützt. So erregt die *l.* 13 §. 7 *de iniur.* 47, 10 durchaus kein Bedenken, wo gegen denjenigen: *qui re mea uti me non permittit*, die *actio iniuriarum* gestattet wird. Eine Versagung des *interdictum* unter gleichen Umständen konnte um so weniger in der Absicht der Compilatoren liegen, als sie in der unmittelbar an jenen §. 7 sich anschliessenden *l.* 14 *de iniur.* den Ausspruch von Paulus aufnahmen: — *uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere.* —

Vorzüglich ist jene falsche Lehre hervorgegangen aus dem Mangel einer genügenden Einsicht in die geschichtliche Entwickelung unseres Rechtsmittels. Indem man erkannte, dass dieses ursprünglich zum Zwecke der Festsetzung eines streitigen Besitzes aufgestellt sei, übersah man die Möglichkeit einer selbständigen Weiterbildung, und wurde dadurch genöthigt, die doppelte Natur des Interdiktes, welche sich entschieden in den Quellen findet, gewaltsam zu beseitigen.[7] Und doch hätten schon die verschiedenen Eigenthumsklagen darauf hinweisen können, dass ein Rechtsverhältniss häufig eines Rechtsschutzes nach verschiedenen Richtungen hin bedarf.

Mit der prohibitorischen Fassung des Interdiktes hängt es zusammen, dass dasselbe zuweilen nicht ausreichte, wenn eine Störung des Besitzes in der Vergangenheit stattgefunden hatte, obschon die Folgen sich in die Zukunft hinein erstreckten. Das *vim fieri veto* des Prätors untersagte nur eine positive Handlungsweise. Durch blose Unthätigkeit verstiess man nicht gegen den erhaltenen Befehl. Wenn sich desshalb der Verklagte auf den bestehenden Zustand berufen konnte, den er nur beibehielt, so nützte es dem Kläger nichts, wenn er auch diesen Zustand selbst als einen Eingriff in seine Herrschaft über die Sache darstellte. Er war zur dinglichen Klage genöthigt, das *possessorium* führte nicht zum Ziele. Dies war der Fall bei baulichen Einrichtungen, durch welche der Nachbar in die Machtsphäre des Klägers eingegriffen hatte. Die einmal vollendete Anstalt konnte nur mit der *negatoria actio* beseitigt werden. Desshalb hatte der in seinem Besitze Bedrohte gleich bei Beginn der Vorkehrungen Widerspruch einzulegen, zu welchem Zwecke ihm die *l.* 5 §. 10 *de op. n. n.* 39, 1 die selbstthätige Verhinderung oder das *interdictum uti possidetis* anräth. Die Un-

7) Diese Ausführung passt allerdings nicht auf Rudorff, welcher Zeitschrift XI. S. 334 annimmt, das Interdikt sei ursprünglich nur gegen Störungen des Besitzes gegeben. Doch scheint mir die Vermuthung, dass man später bei jeder Störung die Absicht, den Besitz sich anzueignen, fingirt habe, nur noch unwahrscheinlicher zu werden, wenn man die Entstehung des Rechtsmittels auf den Schutz gegen einseitige Störungen zurückführt.

brauchbarkeit dieses letzteren Rechtsmittels nach der Herstellung des Baues erörtert die *l.* 3 §. 5 und 6 *uti poss.* 43, 17:

> *Item videamus, si projectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum? Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.*
>
> *Labeo quoque scribit: Ex aedibus meis in aedes tuas projectum habeo; interdicis mecum: si eum*[8] *locum possideamus, qui projecto tegetur; an quo facilius possim retinere possessionem eius projectionis interdico tecum: sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectum est?*

Der Sinn des §. 5 kann meines Erachtens nur der sein, dass bei Vollendung des Vorbaues dem Besitzer des dadurch belästigten Grundstückes das *interdictum uti possidetis* nichts helfen könne, weil in dem Besitze, welchen der Gegner zugleich mit seinem Grundstücke an der *superficies* habe, eine active Störung seiner Herrschaft, eine *vis contra edictum Praetoris* nicht zu finden sei. Dass auch der Besitzer des hinübergebauten Hauses seinerseits aus der Anstellung eines selbständigen *Interdictum uti possidetis* für seinen Vorbau keinen Vortheil ziehe, hat nicht gesagt werden sollen. Von Seiten des Bauenden sind in dem besprochenen Falle zum Schutze seines Besitzes gar keine Schritte gethan, und das für „*utrique inutile*" erklärte Interdikt ist das von seinem Gegner extrahirte, auf den Besitz des überbauten Grundstückes bezügliche. Natürlich hat der Besitzer des Baues trotz der Fassung des Interdiktes als *duplex* davon keinen Vortheil, da er nur sein eigenes Grundstück, nicht aber das seines Nachbars zu besitzen behauptet, wesshalb denn auch sein Vorbau durch die Anstellung des *interdictum uti possidetis* Seitens des Gegners keinen besonderen Schutz erlangt. Denselben Sinn sucht Albert[9] in die Stelle zu bringen,

8) Rudorff liest Zeitschr. XI. S. 350 ohne seine Quelle anzugeben, dem Inhalte sicher entsprechend: *interdicis mecum sic: uti locum etc.* und weiter: *interdico tecum sic: uti nunc etc.*

9) §. 101 ff.



indem er statt *„utrique"* *„utique"* lesen will. Es handele sich nur um das von dem Besitzer des überbauten Grundstückes veranlasste Interdikt, welches diesem desshalb keinen Erfolg ermögliche, weil man einen Luftraum nicht besitzen könne, also auch durch einen Ueberbau in seinem Besitze nicht gestört werde. So sehr ich, wenn auch aus anderen Gründen, mit dem Resultate übereinstimme, so bedenklich erscheint mir doch diese auf gar keine Handschrift gestützte Conjektur wegen der Worte *„alteri adversus alterum"*. Sie deuten doch zu entschieden auf ein gegenseitiges Verhältniss hin, als dass man glauben könnte, es sei ausschliesslich von der Wirkung des Interdiktes für den Einen die Rede.

Dafür, dass im §. 5 ausschliesslich von dem Interdikte zum Schutze des Besitzes am überbauten Grundstücke geredet und nur dieses dem Besitzer der *superficies* für werthlos erklärt wird, spricht entscheidend der §. 6. Durch die Worte *„Labeo quoque"* wird sicherlich ein Gegensatz nicht eingeführt. Vielmehr berichtet Ulpian, wie Labeo die im §. 5 mitgetheilte Entscheidung des Cassius noch durch einen weiteren Grund bekräftige. Er habe der Annahme, der Besitzer des überbauten Grundstückes könne mit Erfolg das *interdictum uti possidetis* anstellen, einfach die Frage entgegengehalten, ob denn nicht in gleicher Weise der Besitzer der *superficies* mit einem auf sein Haus bezüglichen *interdictum uti possidetis* aufzutreten im Stande sei. Die nicht zu umgehende Bejahung dieser Frage, so muss man den Gedanken ergänzen, beweise, dass das Festhalten an dem einmal erworbenen Besitze einer vollendeten Anstalt sich nicht als *vis contra edictum* auffassen lasse. Danach kann ich Rudorff[10] nicht beistimmen, welcher in unserer Stelle eine Controverse zwischen Cassius und Labeo finden will, indem jener das *interdictum uti possidetis* als eine *controversia de possessione*, dieser als eine *obligatio ex maleficio* betrachtet habe.

Noch weniger aber scheint mir Vangerow[11] Recht zu haben, welcher sowohl den Cassius als den Labeo zu den Gegnern der Ansicht rechnet, als habe jemals der in der

10) Zeitschr. XI. S. 352. 11) Leitf. I §. 355 S. 893.

Ausübung einer *servitus urbana* Befindliche zu seinem Schutze sich des *interdictum uti possidetis* bedienen können.

Die Erfolglosigkeit des *interdictum uti possidetis* gegen bereits vollendete Vorkehrungen zeigt sich aber nur dann, wenn diese so mit einem Gebäude des Nachbars verbunden sind, dass dasselbe dadurch eine gewisse Eigenschaft erhält, mit der behaftet es von nun an besessen wird. Es darf dann der durch die Vorkehrung Benachtheiligte nicht mehr eigenmächtig eine Beseitigung versuchen, und kann desshalb auch nicht in dem Widerstande gegen diese Selbsthülfe eine *vis contra edictum* finden. Vielmehr setzt er sich durch jedes selbständige Vorgehen der *actio legis Aquiliae* aus und verstösst seinerseits, wenn der Gegner ein *interdictum uti possidetis* ausgewirkt hat, gegen den prätorischen Befehl. Anders verhält es sich bei Vorkehrungen, die nicht, wie die Römer sagen, *in superficie consistunt.*[12] Gegen sie kann der dadurch benachtheiligte Besitzer ohne weiteres von dem Rechte der Selbstvertheidigung Gebrauch machen. Er kann die widerrechtlich hervorgebrachten Anstalten selbst wieder beseitigen, und hat in dem *interdictum uti possidetis* das Mittel, sich dabei gegen Hinderungen Seitens des Gegners zu sichern.

Besonders wichtig ist für die aufgestellten Sätze die *l.* 29 §. 1 *ad leg. Aquil.* 9, 2:

> *Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses, posse me tecum damni iniuria agere, Proculus scribit; debuisti enim mecum, ius mihi non esse protectum habere agere, nec esse aequum, damnum me pati rescissis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum traiectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, iure suo posse eum intercidere; et merito. Interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.* (Ulpianus)

Aus der allgemeinen Fassung der Stelle geht hervor, dass selbst die vitiöse Herstellung einer mit einem Hause verbundenen baulichen Vorkehrung die Begründung eines gesicherten Besitzstandes ausschloss. Der Zusatz zum Inter-

12) *l.* 20 *pr. de serv. pr. u.* 8, 2.



dikte: *nec vi nec clam nec precario* wurde eben nur auf die ganze Sache bezogen, und schadete dem Extrahenten des Interdiktes nichts, wenn auch die gegenwärtige Beschaffenheit des besessenen Objektes auf vitiöse Weise hergestellt war. Dass dem Verletzten in einem solchen Falle das *interdictum quod vi aut clam* oder das *interdictum demolitorium* zustehen konnte, wird damit nicht in Abrede gestellt.

Ihre Ergänzung findet die *l.* 29 §. 1 cit. in der *l.* 3 §. 4 *uti poss.* 43, 17:

> *Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in arbores suas transduxit, quid iuris sit? Et ait Pomponius, posse te ei denuntiare et vites praecidere; idque et Labeo scripsit; aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quominus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius.*

Die Stelle ist grammatisch dadurch etwas in Verwirrung gerathen, dass die beistimmende Erklärung des Labeo in die Ausführung des Pomponius hineingeschoben ist. Während Pomponius eine bestimmte Person mit *tu* anredet, schreibt Labeo über einen beliebigen Dritten, den er desshalb mit „*eum*“ bezeichnet. Doch kann darüber kein Zweifel sein, dass derselbe, dem das Recht zugesprochen wird, nach vorgängiger Denuntiation zur Vermeidung des *interdictum quod vi aut clam*[13] die Weinreben abzuschneiden, auch zur Anstellung des *interdictum uti possidetis* für befähigt erklärt wird. Es soll ja die *vis contra edictum* in der Verhinderung des Abschneidens nach dem Erlasse des Interdiktes gefunden werden. Hier zeigt es sich also besonders klar, wie zwar die Aufhebung eines bestehenden Zustandes durch das eine Thätigkeit verbietende Interdikt nicht erzwungen werden kann, wie es aber demjenigen das eigene Vorgehen sichert, welcher durch dasselbe in einen fremden Besitz einzugreifen nicht genöthigt wird.

Zweifelhaft ist der Sinn von *l.* 3 §. 9 *uti poss.* 43, 17:

---

13) *l.* 22 §. 2 *quod vi aut clam.* 43, 24.

Si vicinus meus in pariete[14] *meo tectoria habet et in pariete suo, uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.*

Danach scheint der Verklagte durch das *interdictum uti possidetis* zu einer positiven Handlung, zu einem *tollere*, gezwungen werden zu können. Es sind zwei Auswege denkbar. Entweder ist ein indirekter Zwang gemeint, der darin liegt, dass bei ausbleibender Wegnahme der Besitzer der Mauer zur Beseitigung berechtigt ist. Oder es sind diese *tectoria* bewegliche Vorkehrungen, die eben desshalb in jedem Momente als von Neuem angebracht angesehen werden können. In diesem Falle würde in dem Belassen nach dem Interdikte ein Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl zu finden sein.

In den Fällen, in denen nach den bisher besprochenen Grundsätzen von dem *interdictum uti possidetis* zur Abwehr eines Eingriffes in den Besitz Gebrauch gemacht werden kann, steht dieses Rechtsmittel auch einem Mitbesitzer gegen den *socius* zu, wenn dieser mit der gemeinsamen Sache einseitig eine Massregel treffen will, welche ihren bisherigen Zustand modificirt. Dies ergiebt sich aus *l.* 3 §. 2 *de op. nov. nunt.* 39, 1:

Quodsi socius meus in communi insula opus novum faciat, et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus novum ei nuntiare possim? Et putat Labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est per praetorem vel per arbitrum communi dividundo, quae sententia vera est. (Ulpianus)

Offenbar ist das *prohibere per Praetorem* die Erwirkung des *interdictum uti possidetis*. Dass zur Ermöglichung desselben der Mitbesitzer zugleich Besitzer eines anderen Hauses sein müsse, kann natürlich nicht aus der Stelle gefolgert werden. Es war nur in dem concreten Falle der Wunsch, die Vorkehrung verhindern zu können, hervorgerufen durch das Interesse des eigenen Hauses, und es wird diese Thatsache erwähnt, ohne dass besondere Folgen daran zu knüpfen sind.

---

14) So liest auf Grund der Basiliken: ἐν τῷ τοίχῳ μου gewiss mit Recht Schmidt, Interd. S. 62.

Derselbe Satz ist ausgesprochen in der *l.* 12 *communi div.* 10, 3, die aber häufig ganz falsch verstanden wird:

> *Si aedes communes sint aut paries communis, et eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.* (Ulpianus)

Savigny[15] und nach ihm viele Andere stellen dieses Fragment zusammen mit anderen Quellenaussprüchen, in denen dem Besitzer das *interdictum* als Schutzmittel gegeben wird, wenn Andere ihn an der freien Benutzung seiner Sache hindern. Dadurch erhält die Stelle den Sinn, als könne der Miteigenthümer den *socius* durch das Interdikt zwingen, die nothwendige Arbeit zuzulassen. Es scheint mir aber nicht zweifelhaft zu sein, dass das *interdictum uti possidetis* nie zu diesem Resultate führen kann. Wie sollte, um nur ein Beispiel hervorzuheben, die Befugniss, gegen den Willen des Mitbesitzers zu demoliren, durch ein zum Schutze des gegenwärtigen Besitzers gegebenes Rechtsmittel gesichert werden können? Heisst es doch in *l.* 11 *si serv. vind.* 8, 5 ausdrücklich: *Et magis dici potest, prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur, ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.* Auch die Worte der Stelle weisen auf ein solches Verständniss nicht hin. Der mit „*aut*" eingeführte Satz giebt nicht ein der *actio communi dividundo* gleichstehendes Mittel an, durch welches gleichfalls der Zweck erreicht werden könnte. Der Jurist hätte dann viel kürzer sagen können: *communi dividundo iudicio vel interdicto uti possidetis erit agendum.* Der Sinn der Stelle ist vielmehr: Stellt sich eine Neugestaltung einer gemeinsamen Sache als nothwendig heraus, und es ist eine freiwillige Einigung der Interessenten nicht zu erzielen, so muss durch die *actio communi dividundo* die Gemeinschaft aufgehoben werden, denn sonst verhindert der *socius* das einseitige Vorgehen durch das *interdictum uti possidetis*.

15) Bes. §. 37 S. 479 Anm. 1.

VII. Das Verfahren bei der Zurückweisung einseitiger Störungen.

Wenn aber das *interdictum uti possidetis* auch benutzt werden konnte, um einseitige Störungen eines im Allgemeinen nicht zweifelhaften Besitzes auszuschliessen, so kann das oben beschriebene Verfahren unmöglich das ausnahmslos immer vorkommende gewesen sein. Dasselbe setzte durchaus voraus, dass beide Parteien für sich den Besitz in Anspruch nahmen. Ohne dies hätte es keinen Sinn gehabt, wenn auch der Verklagte eine Sponsion abschloss: *si possidenti mihi vim contra Praetoris edictum fecisti, c dare spondes?* und ganz unbegreiflich wäre ohne dies die *fructuum licitatio* mit ihren weiteren Folgen gewesen. Handelte es sich nur darum, festzustellen, ob Jemand gegen den prätorischen Befehl den Besitzer gestört habe, so genügte eine einzige Sponsion, der eine Restipulation auf dieselbe Summe correspondirte. Das *iudicium* musste dann nothwendiger Weise *simplex* werden. Die Rolle des Klägers und des Verklagten musste bestimmt hervortreten, wenn auch Jeder aus der abgeschlossenen Stipulation direkt eine Summe Geldes in Anspruch nahm.

Aber freilich findet sich bei Gaius von einem solchen Verfahren bei Anstellung des *interdictum uti possidetis* keine Spur. Man hat daraus den Schluss gezogen, dass das *interdictum* immer *duplex* gewesen sei, und dann consequent weiter gefolgert, dass man in ihm auch immer einen Streit über die Feststellung des zweifelhaften Besitzes zu sehen habe. Der vorige Paragraph hat gezeigt, wie wenig dies Resultat mit den Quellen übereinstimmt. Jetzt gilt es, die Schwierigkeit, welche Gaius' Schilderung des Verfahrens der Annahme eines *iudicium simplex* in den Weg legt, zu beseitigen.

Schmidt[1] vermuthet, dass Gaius Buch IV. §. 166 an

1) Interd. S. 287.

der unleserlichen Stelle, wo die Worte *„cum una inter eos sponsio — — stipulatio — — fit“* entziffert sind, davon gehandelt habe, dass zuweilen nur eine Partei zur Sponsion provocire, so dass es dann auch nur zu einer *sponsio* und einer *restipulatio* komme. Er will etwa so restituiren: *vel si unus tantum sponsione provocavit alterum, una inter eos sponsio et una tantum restipulatio adversus eum fit.* Dagegen macht Huschke[2], der, wie wir schon oben gesehen haben, in jener lückenhaften Stelle des Gaius einen Hinweis auf eine mögliche Verbindung der von jeder Partei abzuschliessenden *sponsio* und *restipulatio* zu einer einzigen Formel finden will, scheinbar mit Recht geltend, dass in einem Institutionenwerke unmöglich der wichtige Fall einer einseitigen Durchführung des Interdiktes so kurz habe behandelt werden können. Dabei übersieht er aber, wie uns unmittelbar vor dem §. 166 zwei volle Seiten des Gaius ganz unleserlich geblieben sind. Es konnte sehr wohl auf diesen zwei Seiten ausgeführt sein, dass das Interdikt auch dann angestellt werden könne, wenn Jemand, ohne selbst Besitzer sein zu wollen, den Besitz störe. Wurde dann bemerkt, dass nur im Falle der Duplicität das Verfahren besondere Eigenthümlichkeiten habe, so ist es sehr erklärlich, wenn in dem darauf folgenden lesbaren Theile eben nur von dem Rechtsmittel als *duplex* gehandelt wird. Bei dieser Ordnung der Darstellung wäre es wohl denkbar, dass im §. 166 in der von Schmidt angenommenen Weise kurz auf den Fall einer *sponsio* und *restipulatio* hingewiesen wurde. Sicherlich ist es gewagt, trotz so grosser Lücken aus Gaius' Bericht einen Schluss ziehen zu wollen, dessen Resultat mit der Natur der Sache und einer nicht unerheblichen Zahl von Quellenaussprüchen in Widerspruch steht. In gewissem Sinne war das Interdikt allerdings immer *duplex. Praetor pari sermone cum utroque loquitur*[3] heisst es immer, so dass zunächst *par utriusque litigatoris condicio est.* Ein einseitiges Rechtsmittel wurde es erst dadurch, dass nur eine Partei in ihrem Besitze gestört zu sein behauptete und allein zum Abschlusse einer *sponsio* aufforderte.

---

2) Gaius, S. 194 Anm. 201. 3) cf. *Gaius IV.* 160.

Es ist von Rudorff[4] die von Schmidt[5] gebilligte Vermuthung ausgesprochen, dass ursprünglich das *interdictum uti possidetis* auch seiner Form nach als *simplex* aufgestellt gewesen sei. Diese Ansicht geht von dem Gedanken aus, dass das Interdikt vom Anfange an ausschliesslich zur Abwehr einseitiger Störungen habe dienen müssen, da zur Zeit der *legis actiones* die Regulirung des Besitzes für die Dauer des Rechtsstreites durch den Prätor besorgt sei. Wäre dieser Ausgangspunkt richtig, so liesse sich gegen die Folgerung nichts einwenden. Denn in der That wäre es höchst wunderbar, wenn der Prätor, um den Besitz der einen zu schützen, beide Parteien mit den Worten *uti possidetis* angeredet hätte. Aber gerade die Thatsache, dass sich nirgends eine Spur von einer Fassung des Interdiktes als *simplex* findet, spricht für die Wahrheit der oben gegebenen geschichtlichen Entwickelung, wonach das *interdictum uti possidetis* ursprünglich nur das *vindicias dicere* des Prätors vorzubereiten bestimmt war. Hätte es jemals ein Interdikt gegen Störungen als *simplex* gegeben, so würde sich sein gänzliches Verschwinden nicht genügend rechtfertigen. Man würde es nach der Einführung des *interdictum duplex* zur Regulirung eines zweifelhaft gewordenen Besitzes neben diesem selbständig haben fortbestehen lassen. Gerade die *l.* 1 §. 26 *de aqua quotidiana* 43, 20, auf welche sich Schmidt l. c. zur Unterstützung seiner Ansicht beruft, zeigt, wie dasselbe Interdikt je nach Bedürfniss als *duplex* oder als *simplex* gegeben werden konnte. Sucht man dagegen die ursprüngliche Bedeutung des Interdiktes in der Festsetzung des gegenwärtigen Besitzes, so begreift sich leicht, wie das zu einem anderen Zwecke als *duplex* geschaffene Rechtsmittel die alte Form beibehielt, als man es ohne Rücksicht auf einen bevorstehenden Eigenthumsprozess als Schutzmittel gegen eigenmächtige Störungen verwerthete. Zu einer Abänderung zeigte sich durchaus kein Bedürfniss, da ja derjenige durch die Fassung nicht gefährdet wurde, der seinerseits die Behauptung, in dem Besitze gestört zu sein, nicht aufstellte.

4) Zeitschr. XI S. 334. 5) Interd. S. 187.

Lässt sich nicht aber auch bei einem Streite, bei dem nicht beide Parteien den Besitz derselben Sache in Anspruch nehmen, eine Duplicität des Interdiktes denken? Nahm das Rechtsmittel einen zweiseitigen Charakter nicht auch dann an, wenn der zur Unterlassung einer Störung Aufgeforderte in dem Quasibesitze eines dinglichen Rechtes zu sein behauptete? Im Allgemeinen ist dies in Abrede zu stellen. Die Duplicität setzte voraus, dass die Ausübung des angeblichen dinglichen Rechtes auch ihrerseits durch das *interdictum uti possidetis* geschützt wurde. Ohne dies konnte der Verklagte unmöglich auf den Befehl des Prätors: *uti possidetis eum fundum d. q. a., quominus ita possideatis vim fieri veto* den Anspruch auf eine Verurtheilung des Klägers zurückführen. Das *interdictum uti possidetis* steht aber, wenn auch nur als *utile*, demjenigen zu, welcher sich in der Ausübung einer Personalservitut oder einer *superficies* befindet. Desshalb konnte bei einem Besitzstreite zwischen dem *possessor rei* auf der einen, dem *usufructuarius, usuarius* oder *superficiarius* auf der anderen Seite das *interdictum uti possidetis* ein *iudicium duplex* werden. Rücksichtlich eines Conflictes zwischen dem Sachbesitzer und dem in der Ausübung eines Niessbrauches Begriffenen haben wir eine besondere Bestätigung für die Wahrheit des Behaupteten in der *l.* 4 *uti poss.* 43, 17:

> *In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, et si ususfructus sibi quis defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum alter fructum sibi tuetur, et his interdictum erit dandum.* (Ulpianus)

Nach Analogie des *Vatic. fragm.* §. 90 mitgetheilten *interdictum quod legatorum utile* hat Rudorff[6] die Formel des Interdiktes in dem besprochenen Falle so construirt: *uti possidetis utimini fruimini alter ab altero nec vi nec clam nec precario, quominus possideatis utamini fruamini vim fieri veto.*

Von dem *interdictum de superficie* heisst es in *l.* 1 §. 2 *de superf.* 43, 18:

6) Zeitschr. XI S. 344.

Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. Tuetur igitur Praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto etc.

Traf der Besitzer des Hauses zusammen mit einem Superficiar, so mag das Interdikt gelautet haben: *uti possidetis vel ex lege locationis sive conductionis superficie fruimini nec vi nec clam nec precario alter ab altero, quominus possideatis fruamini, vim fieri veto.* Danach wurde materiell mit dem gewöhnlichen *interdictum uti possidetis* ein anderes verbunden, welches aber so gleichartig war, dass dieselbe Formel die verschiedenen Befehle umfassen konnte. Wenn Ulpian in *l.* 3 §. 7 *uti possid.* 43, 17 scheinbar allgemein sagt: „*dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis*", so kann dies doch nur heissen: der Quasibesitz des Superficiars hebt den Besitz des *dominus* nicht auf, dieser kann desshalb das *interdictum uti possidetis* mit Erfolg nicht nur gegen einen Dritten, sondern auch gegen den die Grenzen seines Rechtes überschreitenden Superficiar anstellen. Denn unmittelbar an jene Worte schliesst sich der Satz an: *sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis, et ita Pomponius quoque scribit.*

In allen anderen Fällen kann das *interdictum uti possidetis* bei einem Streite zwischen dem Besitzer der Sache und demjenigen, welcher ein dingliches Recht ausübte, nicht zu einer Verurtheilung des ersteren auf Grund einer selbständigen Sponsion des letzteren geführt haben. Denn wenn man auch die Ansicht vertheidigen wollte, dass alle Prädialservituten mit dem *interdictum uti possidetis* geschützt werden konnten, so müsste sich das „*possidere*" doch entweder auf das als Sache behandelte Servitutenrecht, oder auf das durch eine Servitut erweiterte *praedium dominans* beziehen. Der Extrahent des Interdiktes stützte sich aber auf seinen Besitz an dem angeblich dienenden Grundstücke, und nur auf dieses beziehen sich die Worte des Prätors: *uti possidetis.*

Aus dem Gesagten folgt aber nicht, dass der Besitzer eines Grundstückes durch die Anstellung des *interdictum uti possidetis* die Ausübung einer jeden Servitut unterbrechen

konnte. Hatte der Verklagte wirklich *quasipossessio iuris* gehabt, so hatte der Kläger das Grundstück als ein *praedium serviens* besessen. Die fortgesetzte Ausübung der Servitut konnte dann nicht als *vis contra Praetoris edictum* dargestellt werden, da nur eine Störung im Widerspruche mit dem bisherigen Zustande der Sache untersagt war. Der Kläger musste also mit der Sponsionsklage zurückgewiesen, auf die Restipulationssumme aber verurtheilt werden. Dazu war aber freilich die Anerkennung der *quasipossessio* im Rechte erforderlich. So lange es an einer solchen fehlte, konnte der durch das Interdikt Betroffene nur zu der *confessoria actio* seine Zuflucht nehmen, auf die er in allen den Fällen beschränkt blieb, in denen das römische Recht einen rechtlich geschützten Besitz überhaupt nicht anerkannt hat. Dies gilt namentlich für die *servitutes quae in prohibendo consistunt.* Hätte es zu ihrem Schutze possessorische Rechtsmittel gegeben, so würden sie sicher in der *l.* 6 §. 1 *si serv. vind.* 8, 5 erwähnt sein. Es wird dort derjenige, dessen Nachbar sein Haus noch nicht erhöht hat, als *possessor* der *servitus altius tollendi* bezeichnet. Dennoch führt Ulpian unter den Mitteln, mit denen er den Bau verhindern kann, ein possessorisches Interdikt nicht an, vielmehr spricht er nur von der *civilis actio,* dem *interdictum quod vi aut clam,* und dem *lapilli iactus,* einer Handlung, durch welche der Widerspruch gegen den Bau ausser Zweifel gestellt und das *interdictum quod vi aut clam* gesichert wird. Ebenso ist in der *l.* 5. §. 10 *de op. n. n.* 39, 1 gegen denjenigen, *qui in suo quid facit,* die *operis novi nunciatio,* die Vorbereitung der *confessoria actio,* für nothwendig erklärt. Wird also gegen Jemand, der eine prohibitive Servitut zu haben behauptet, das *interdictum uti possidetis* ausgewirkt, so bleibt ihm trotz des für ihn sprechenden Zustandes der angeblich dienenden Sache nichts übrig, als die *confessoria actio* anzustellen, wobei ihm dann als Mittel zur vorläufigen Aufrechterhaltung der bestehenden Verhältnisse die *operis novi nunciatio* gestattet sein muss.

Dasselbe gilt für die *servitutes quae in faciendo consistunt,* sofern für sie nicht ein besonderes *interdictum retinendae possessionis* aufgestellt ist, also für sämmtliche mit Ausnahme

der Wege- und Wassergerechtigkeiten. Denn dass der Besitz dieser Servituten gegenüber dem *interdictum uti possidetis* des Besitzers der dienenden Sache berücksichtigt sein sollte, während ihm zur selbständigen Durchführung ein eigenes Interdikt versagt blieb, ist nicht denkbar. Daraus folgt denn aber auch, dass die wirklich ausgeübten Wege- und Wassergerechtigkeiten nur dann durch das *interdictum uti possidetis* nicht berührt wurden, wenn die Voraussetzungen zu dem Siege mit dem *interdictum de itinere* oder *de aqua* vorlagen.

Dass die Servituten, welche eine dauernde, in körperlicher Verbindung mit einem Hause stehende Vorkehrung voraussetzen, durch die Anstellung des *interdictum uti possidetis* nicht gefährdet werden, ist schon früher ausgeführt. Zu dem dort geltend gemachten Gesichtspunkte, dass zu ihrer fortgesetzten Ausübung eine Thätigkeit des Ausübenden nicht erfordert wird, lässt sich jetzt der weitere Grund hinzufügen, dass mit der vollendeten Herstellung der Vorkehrung ein durch Interdikte geschützter Quasibesitz des Rechtes erlangt ist. Die herrschende Sache gewinnt dadurch eine bestimmte Eigenschaft, mit der sie besessen wird, so dass nunmehr das auf sie bezügliche *interdictum uti possidetis* auch als Schutzmittel für die bauliche Anstalt erscheint.

Ein eigenes Recht galt für die Ausbesserung und Reinigung der Kloaken. Bekanntlich giebt es ein besonderes Edikt *de cloacis*[7], welches demjenigen die Ausbesserung sichert, von dessen Hause die Kloake ausgeht, ohne dass es des weiteren Nachweises einer thatsächlichen Benutzung derselben bedarf. Dem entspricht es, wenn der Prätor dem Besitzer des Grundstückes, durch welches die Kloake geht, das *interdictum uti possidetis* gegen den Ausbessernden unter allen Umständen untersagt. Ich schliesse mich desshalb der Ansicht an, welche die Worte in dem *pr.* der *l.* 1 *uti poss.* 43, 17: „*de cloacis hoc interdictum non dabo*“ auf den Besitz des dienenden Grundstückes bezieht.[8]

---

7) D. 43, 23.

8) Vergl. Schmidt. Die *interdicta de cloacis* Zeitschr. XV S. 88. Vangerow, Leitf. I §. 355 S. 891.

Der in der geschützten Ausübung eines dinglichen Rechtes sich Befindende brauchte übrigens, wenn das *interdictum uti possidetis* gegen ihn angestellt wurde, sich nicht darauf zu beschränken, in Hinweis auf seine *quasipossessio* die *vis contra edictum* in Abrede zu stellen. Er konnte auch das *interdictum uti possidetis* damit beantworten, dass er seinerseits das ihm zu Gebote stehende Interdikt veranlasste; dadurch sicherte er sich die selbständige Verurtheilung seines Gegners, wenn dieser wegen der angeblichen Freiheit seiner Sache der ferneren Ausübung der Servitut hindernd in den Weg trat. Den Beweis für die Zulässigkeit dieses Verfahrens giebt uns die schon besprochene *l.* 3 §. 6 *uti poss.* 43, 17. Es setzt dort der Besitzer der *projectio* dem *interdictum uti possidetis eum locum, qui projecto tegitur* entgegen sein *interdictum uti possidetis eas aedes ex quibus projectum est.* Vergreift sich dann der Besitzer des überbauten Grundstückes an dem Vorbaue, so hat der Besitzer desselben nicht nur die ihm stets zustehende *actio legis Aquiliae*[9], sondern auch die *actiones ex interdicto,* welche sich von jener dadurch auszeichnen, dass wenigstens die Sponsionssumme ohne den Nachweis eines vermögensrechtlichen Interesses beansprucht werden kann. Dasselbe Verfahren aber, welches in *l.* 3 §. 6 *uti poss. cit.* als möglich bezeichnet wird, muss auch in allen anderen Fällen zulässig gewesen sein, in denen der mit dem *interdictum uti possidetis* Angegangene als Kläger mit einem selbständigen Interdikte auftreten konnte.

Nach dieser allgemeinen Festsetzung, ob und wann das *interdictum uti possidetis* in seiner Anwendung gegen einseitige Störungen *duplex* war, bedarf es noch der Erörterung einzelner weiteren Detailfragen in Bezug auf das Verfahren in Fällen der bezeichneten Art.

Zunächst ist zu bestimmen, ob bei eintretender Duplicität, also bei der Klage gegen den angeblichen Besitzer einer Personalservitut oder einer *superficies,* eine *fructus licitatio* vorkam? Ausdrücklich erwähnt wird davon in den Quellen nichts. Doch ist diesem Umstande keine grosse Bedeutung zuzuschreiben, da die einzige ausführliche Schilderung des

---

9) *l.* 29 §. 1 *ad leg. Aquil.* 9, 2.

Interdiktenprozesses, die Darstellung von Gaius, in dem uns erhaltenen Theile ausschliesslich von dem Streite zweier angeblichen Sachbesitzer handelt. Für die Annahme einer *fructus licitatio* auch in diesen Fällen spricht das Bedürfniss eines solchen Ausweges zur vorläufigen Regelung der Besitzverhältnisse, so wie die Brauchbarkeit der *fructus licitatio* zu diesem Zwecke. Vielleicht lässt sich dafür auch Ulpian's Ausspruch in *l.* 1 §. 2 *de superfic.* 43, 18 anführen, wo er von dem *interdictum de superficie* sagt: *Omnia quoque, quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.* Natürlich wurde dann aber bei der *fructus licitatio* von beiden Parteien nicht für dasselbe geboten. Der Besitzer der Sache suchte diese thatsächlich frei zu erhalten, während der Usufruktuar oder der Superficiar sich der fortgesetzten Ausübung des beanspruchten Rechtes versichern wollte. Betraf der Streit die Ausdehnung des Quasibesitzes, so bezog sich die Licitation sicher nur auf das controverse Gebiet.

Nehmen wir aber einmal die *fructus licitatio* auch bei dem Prozesse gegen Usufruktuar und Superficiar an, so können wir an der Zuständigkeit von *iudicia secutoria* gegen den Meistbietenden, der im Prozesse unterliegt, nicht zweifeln. Auch für sie waren dann sicher die für den Streit zweier Sachbesitzer erörterten Grundsätze massgebend. Dass die Wirkung des Rechtsmittels in denselben Fällen recuperatorisch sein konnte, in denen der Besitz der Sache selbst mit dem *interdictum uti possidetis* wieder erlangt wurde, wird einem Bedenken nicht unterliegen.

Wie aber kam der Besitzer einer Sache, der bei einem *iudicium simplex* im Sponsionsprozesse siegreich die verbotswidrige Störung durch den Gegner nachwies, zu seiner Befriedigung? Hier handelte es sich nicht um einen streitigen Besitz, der vorläufig versteigert werden konnte, um dann dem Unterliegenden wieder abgenommen zu werden, sondern um ein eigenmächtiges Eingreifen in eine von dem Handelnden gar nicht beanspruchte thatsächliche Herrschaft über eine Sache, durch welches möglicher Weise dem Besitzer ein Schade zugefügt war. Dass Störungen vor dem Erlasse des Interdiktes unter allen Umständen unberücksichtigt bleiben mussten, wird gegenwärtig kaum noch einer Ausführung be-

dürfen. Sie konnten die Veranlassung für den Besitzer gewesen sein, den Prätor um den Schutz durch sein Interdikt zu bitten, liessen sich aber unmöglich selbst schon als *vis contra Praetoris edictum* darstellen. Es musste vielmehr noch abgewartet werden, ob *post interdictum redditum* die widerrechtliche Störung fortgesetzt wurde. Dann erst war die Möglichkeit gegeben, mit Erfolg die für den Fall des Ungehorsams gegen die obrigkeitliche Anordnung versprochene Strafsumme einzuklagen. Damit war wohl ursprünglich der in seinem Besitze Verletzte abgefunden. Doch mag es ihm gestattet gewesen sein, bei wiederholter Störung auch wiederholt Strafstipulationen zu veranlassen und dadurch mehrmals in der Sponsionssumme einen Ersatz für die Beunruhigungen zu erhalten.

Auch die Möglichkeit einer vom Richter dem Verklagten aufzuerlegenden *cautio de non amplius turbando* scheint mir nicht in Abrede gestellt werden zu können, wenn auch ein zwingender Beweis für ihr wirkliches Vorkommen sich nicht erbringen lässt. Dass diese Caution verlangt werden konnte, selbst wenn dem Besitzer bereits in den Interdikten Schutzmittel zur Seite standen, so dass aus dem Nichtvorhandensein eines dringenden Bedürfnisses nicht auf ihre Unzulässigkeit gefolgert werden darf, zeigen mehrere Stellen. So z. B. die *l.* 12 *si serv. vind.* 8, 5:

> *Egi ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi, iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.* (Iavolenus)

Durch die *actio negatoria* ist die Nichtexistenz einer *servitus tigni immittendi* anerkannt, und obschon der Hausbesitzer sein Haus thatsächlich frei besitzt und also gegen eigenmächtige Handlungen des Nachbars sich durch das *interdictum uti possidetis* sichern kann, wird eine *cautio de non turbando* als gerechtfertigt anerkannt.

Hierher gehört auch die *l.* 7 *de aqua* 43, 20:

> *Si de via, itinere, actu, aquaeductu agatur, huiusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum agentem, et aquam ducentem, et iter facientem. Quodsi neget, ius esse adversario agendi,*

aquae ducendae, cavere sine praejudicio amittendae servitutis debebit, donec quaestio finietur non se usurum. (Paulus)

Diese Stelle scheint mir einen brauchbaren Sinn nur dann zu ergeben, wenn wir die Besprechung eines Falles voraussetzen, in dem der Kläger thatsächlich dasjenige hat, was er durch den Prozess als rechtlich begründet feststellen lassen will. Bei der *actio confessoria* der ersten Hälfte haben wir also an einen Kläger zu denken, der die Servitut bisher ausgeübt hat, bei der *negatoria* der zweiten Hälfte an einen Eigenthümer, dessen Sache bisher thatsächlich frei gewesen ist. Dies Verhältniss soll für die Dauer des Prozesses aufrecht erhalten werden, und zu diesem Zwecke werden dem Verklagten Sponsionen auferlegt, in denen er den Besitz während des Rechtsstreites zu respektiren sich verpflichtet. Freilich ist bei dieser Auffassung etwas in die Stelle hineinzutragen, was sie in ihrer jetzigen Fassung nicht enthält. Aber ohne eine solche Ergänzung wird schwerlich ein haltbares Resultat aus ihr zu gewinnen sein. Jedenfalls dürfte die vorgeschlagene Interpretation weniger gewaltsam sein, als die von Rudorff[10] aufgestellte. Er setzt in den beiden Fällen Verklagte voraus, die nicht in gehöriger Weise Caution stellen, und findet in der Stelle die Entscheidung, dass dann der Kläger zuvörderst in die Ausübung des beanspruchten Rechtes gesetzt werde, bis der frühere Verklagte nun seinerseits als Kläger die Widerrechtlichkeit des thatsächlich hergestellten Zustandes nachgewiesen habe. So richtig dies Resultat ist, so wenig kann man es doch aus unserer Stelle herauslesen. Dass der Jurist gerade den Punkt, auf dem allein die Entscheidung beruhen würde, weggelassen haben sollte, ist doch in der That eine zu kühne Annahme. Dazu kommt, dass selbst mit der Einschiebung eines Satzes wie: *nec res ab eo defendatur* hinter *agatur*, und vor *cavere* der Ausdruck der Stelle höchst ungeschickt sein würde. Der Satz: *quamdiu quis de iure suo doceat* müsste diejenige Person zum Subjekte haben, welcher die Caution auferlegt ist: *se non impediturum*, wobei sich das Pronomen

10) Zeitschr. XI. S. 357 Anm. 26.



quis kaum rechtfertigen lassen würde. Und noch schiefer wäre der Ausdruck der zweiten Hälfte, wo der Inhalt des Versprechens dahin angegeben wird, man wolle die Servitut nicht ausüben: *donec quaestio finietur*, wenn damit gesagt werden sollte, man wolle die Freiheit der klägerischen Sache respektiren, so lange man nicht in einem selbständigen neuen Prozess sein Servitutenrecht ausgeführt habe.

Ist unsere Erklärung der *l.* 7 richtig, so liefert auch sie den Beweis, wie eine selbständige *cautio de non turbando* auferlegt werden konnte, obschon auch ohne sie der Besitzer durch possessorische Interdikte geschützt war.

Gegen die Möglichkeit einer Cautionsauflage ist aber von Rudorff l. c. auch der Einwand erhoben, es habe der Richter über den Anspruch aus dem Sponsionsprozesse gar nicht die Macht gehabt, den Verklagten zur Cautionsleistung zu zwingen. Dies wird jedoch, wie schon Schmidt[11] hervorgehoben hat, widerlegt durch die *l.* 2 §. 18 *ne quid in loco publ.* 43, 8:

> *Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur, non fieri, et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt servanda.* (Ulpianus)

Hier handelt es sich jedenfalls um die Klage aus der Sponsion *post interdictum redditum*, ohne dass desshalb der Jurist ein Bedenken trägt, dem Richter die Anordnung einer Caution zu gestatten. Wenn Schmidt aus dieser Stelle folgern zu wollen scheint, dass eine Cautionsbestellung nur dann durch den Richter veranlasst sei, wenn der Verklagte wegen verfrühter Anstellung der Sponsionsklage freigesprochen werden musste, so verkennt er meines Erachtens die Bedeutung, welche der Jurist diesem thatsächlichen Momente beilegt. Der Sinn unserer Stelle dürfte vielmehr der sein: selbst wenn wegen verfrühter Klaganstellung Freisprechung des Verklagten erfolgen muss, kann es die Pflicht des Richters sein, einer späteren Verletzung des prätorischen Befehles durch Anordnung einer Caution vorzubeugen, so

11) Interd. S. 279.

dass nur das *plus* bestätigt wird, weil darin das *minus* (Anordnung einer Caution nach eingetretener Störung) von selbst enthalten ist. Eine Veranlassung für den Richter, in einem Falle der besprochenen Art eine Caution von dem Verklagten zu verlangen, konnte z. B. in den Vorbereitungen des letzteren zu Handlungen gegen den prätorischen Befehl liegen. Der Kläger würde dann durch eine Verbalcaution den Vortheil erlangt haben, bei eintretender Verletzung sofort auf das versprochene Interesse klagen zu können, durch eine Realcaution wäre ihm zugleich die Realisirbarkeit seines Anspruches gesichert worden. Desshalb brauchen wir auch einem anderen höchst bedenklichen Satze, den Schmidt unserer *l.* 2 cit. entnehmen will, nicht beizustimmen. Danach soll durch die *l.* 2 erwiesen werden, dass auch bei prohibitorischen Interdikten die Kraft des prätorischen Befehles durch einmalige Klage aufgehoben worden sei. Denn ohne dies habe die Anordnung einer *cautio* keinen Sinn gehabt. Es liegt dieser Ansicht der schon vorher bekämpfte Irrthum zu Grunde, dass eine *cautio* nicht denkbar sei, wo bereits ein anderes Rechtsmittel dem Bedrohten zur Seite stehe. Als ob nicht, um der Realcaution ganz zu geschweigen, unendlich häufig die Stipulation benutzt worden sei, um ein bequemeres Mittel zur Durchführung eines Anspruches zu gewinnen!

Wenn aber von der Ansicht ausgegangen wurde, dass der in seinem Besitze Gestörte als Genugthuung hierfür ursprünglich nur die Sponsionssumme erhalten habe, so fragt es sich doch, ob nicht allmälig auch ein selbständiges *iudicium secutorium* entwickelt sei, durch welches ihm Ersatz für etwaigen Schaden, den er durch verbotswidrige Handlungen seines Gegners erlitten hatte, verschafft wurde? An Analogieen für ein solches *iudicium secutorium* fehlt es in den Quellen nicht. Es sind uns eine Reihe von Beispielen prohibitorischer Interdikte überliefert, bei denen Klagen auf das Interesse nach der Uebertretung des prätorischen Befehles erwähnt werden. So bei dem *interdictum ne quid in via publica immittatur*[12], dem *interdictum de via publica reficienda*[13],

12) *l.* 2 §. 34 *ne quid in loco publ.* 43, 8.
13) *l.* 1 §. 3 *de via publ. refic.* 43, 11.

dem *interdictum de itinere*[14]. Besonders schlagend ist die Analogie in dem letzten Falle. Denn auch bei dem *interdictum de itinere* handelt es sich um Störung eines gegenwärtigen Besitzes, und wenn dem in der Ausübung der Wegegerechtigkeit Behinderten eine *actio* auf *quanti actoris intersit* gegeben wird, so ist nicht einzusehen, warum dem Besitzer einer Sache nicht ein gleiches Rechtsmittel zugestanden haben solle. Ich zweifle deshalb nicht, dass die Worte in *l.* 1 *pr. uti poss.* 43, 17: *neque pluris quam quanti res erit* sich in ihrem ursprünglichen Zusammenhange auf das *iudicium secutorium* bei dem Interdikte gegen einseitige Störungen bezogen habe.[15] Natürlich setzte dies ein wirkliches, nach Geld abschätzbares Interesse voraus. Es lassen sich Fälle denken, in denen zwar eine *vis contra Praetoris edictum* vorlag, ohne dass desshalb dieses *iudicium secutorium* hätte angestellt werden können. So hätte, um das allmälig, wie es scheint, unvermeidlich gewordene Beispiel anzuführen, der Besitzer eines Hauses gegen den nächtlichen Spektakulanten, der in sein Haus eingedrungen war, zwar die Sponsionssumme einklagen können, sofern nur jener Handlung die Erwirkung des Interdiktes vorausgegangen war, doch würde bei mangelndem Vermögensinteresse das *iudicium secutorium* sich nicht haben begründen lassen.

Werfen wir auch hier wieder die Frage auf, wie es sich mit der Vererbung des Interdiktes verhielt, so kann sie auf Seiten des Erben eines Besitzers nur den Sinn haben, welche Folge für ihn das von dem Erblasser bereits veranlasste Interdikt gehabt habe. Denn dass etwaige Störungen vor Erlass des prätorischen Befehles auch für den Erben des Gestörten wirkungslos sein mussten, versteht sich von selbst, da sie ja für den Erblasser selbst keinerlei Ansprüche begründeten. Denken wir uns zunächst den Fall, dass nach dem Ausspruche des Interdiktes bereits zu Zeiten des Erblassers eine Störung erfolgt sei, und dass dieser auch schon die Pönalstipulationen abgeschlossen habe, so kann es einem

14) *l.* 3 §. 3 *de itinere* 43, 19.

15) Auf die Zusammensetzung dieses angeblichen Ediktes werde ich noch zurückkommen.



Zweifel nicht unterliegen, dass die daraus entspringende bedingte Strafforderung bei dem Tode des Stipulators auf dessen Erben überging, wie dieser auch umgekehrt dem Gegner haftete, wenn irrthümlich von seinem Erblasser eine Störung behauptet war. Diese Vererbung konnte von dem Erwerbe des Besitzes durch den Erben nicht abhängig sein. Es wird aber auch dem Erben als solchen die Befugniss zugestanden haben, selbst den Abschluss der Sponsionen zu veranlassen, wenn sein Erblasser gegen den Befehl des Prätors gestört und vor der gerichtlichen Verfolgung der Besitzverletzung gestorben war. Es wurde nach der vollständigen Entwickelung des Interdiktenverfahrens sicherlich als ein Recht des gegen den obrigkeitlichen Befehl Verletzten angesehen, den Abschluss der Sponsionen zu beanspruchen, so dass eine Rechtsverweigerung vorgelegen haben würde, wenn der Prätor nicht in gewöhnlicher Weise zur Herbeiführung des Strafversprechens mitgewirkt hätte. Dieses Recht musste dann auch wie jedes andere vererbt werden, wobei formell wohl in der Stipulationsformel der besitzende Erblasser als verletzt bezeichnet wurde. Dagegen ist zweifelhaft, ob auch das *iudicium secutorium* ohne alle weiteren thatsächlichen Voraussetzungen von dem Erben des Gestörten angestellt werden konnte. Als Theil eines Verfahrens zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes setzte die Klage auf: *quanti ea res erit* doch wohl immer den gegenwärtigen Besitz des Klägers voraus, so dass sie auch von dem Erben des Verletzten nicht eher angestellt werden konnte, als bis er sich in den Besitz der fraglichen Sache gesetzt hatte. Wollte man die Klage ganz lösen von dem Erfordernisse des gegenwärtigen Besitzes, so würde das Rechtsmittel in eine einfache Schadensersatzklage verwandelt sein, bei der es des Beweises irgend eines Rechtes nicht bedurft hätte. Die Forderung der durch Sponsionen zu versprechenden Summe liess sich als Forderung einer Strafe für Uebertretung eines obrigkeitlichen Befehles selbständig behandeln. Das daran anschliessende Verfahren musste aber den Zweck des Rechtsmittels, die Herstellung eines gesicherten Besitzstandes, im Auge behalten, woraus sich dann ergab, dass, ähnlich wie die *omnis causa* vom Eigen-

thümer nur bei fortdauerndem Eigenthume mit der Sache selbst in Anspruch genommen werden kann, so hier der gegenwärtige Besitz als Legitimation zur Durchführung des Ersatzanspruches erfordert wurde. Daraus würde weiter folgen, dass auch dem gestörten Besitzer selbst gegenüber das *iudicium secutorium* durch den Beweis des nachträglichen Besitzverlustes ausgeschlossen werden konnte.

Wie sehr diese Auffassung eine Unterstützung findet in der Gestaltung des Rechtsmittels im neuesten Rechte, wird sich aus dem folgenden Abschnitte ergeben.

Hatte der Erblasser nur das Interdikt erwirkt, ohne noch selbst im Widerspruche mit demselben verletzt zu sein, so konnte dies für seine Erben gar keine Wirkung äussern. Der von diesem ergriffene Besitz war ein neuer, der Erbe konnte nur dann wegen Störungen seines Verhältnisses zur Sache Ansprüche erheben, wenn er bereits selbst den schützenden Befehl des Prätors veranlasst hatte.

Wenden wir uns zu den Erben desjenigen, gegen den das Interdikt ausgesprochen ist, so fragt es sich einmal, ob die durch das Verbot begründete honorarische Obligation auf Unterlassung jeder Störung vererbt wurde, oder ob der Erbe wegen seiner Eingriffe in den fremden Besitz nur dann zur Verantwortung gezogen werden konnte, wenn ihm selbst gegenüber der Befehl, Ruhe zu halten, ausgesprochen war. Ich stehe nicht an, mich für die erste Alternative zu entscheiden. Das prätorische Gebot war nicht ein rein publicistisches. Die dadurch begründete Gebundenheit des Betroffenen hatte eine privatrechtliche Bedeutung für den Extrahenten, und es liegt kein Grund vor, warum diese Gebundenheit nicht auf den Erben hätte übergehen sollen. Einen Anhalt gewährt die *l.* 1 §. 10 *ne quid in flum. publ.* 43, 13, wo es von diesem gleichermassen prohibitorischen Interdikte heisst: *Hoc interdictum et in heredes competit.* Man hat hier, wie so häufig in der späteren Zeit, unter „*interdictum*" die Klagen auf Grund des Interdiktes zu verstehen, da ohne dies der Ausspruch eines vernünftigen Sinnes durchaus entbehren würde. Der von Schmidt[16] vorgeschlagene

16) Interd. S. 161.

Ausweg, eine Nachlässigkeit der Compilatoren anzunehmen, die den §. 10 seiner ursprünglichen Stelle hinter dem von einem *interdictum restitutorium* handelnden §. 11 beraubt hätten, ist doch wohl zu gewaltsam.

Eine weitere Frage ist es, ob der Erbe auch in die Verbindlichkeit eingetreten sei, die für seinen Erblasser durch dessen Verletzung des prätorischen Befehles begründet war. Dagegen spricht schon das Verfahren, in welchem über die Thatfrage entschieden wurde. Die Sponsionssumme, welche der Unterliegende entrichten musste, hatte den Charakter einer Strafe, und es entspricht dem allgemeinen Grundsatze, wonach die Erben Strafen wegen der Handlungen ihrer Erblasser nicht zu entrichten haben, wenn man auch die Verpflichtung des Erben in Abrede stellt, die Zahlung einer Strafsumme für den Fall einer erwiesenen Handlung seines Erblassers zu versprechen. Dazu kommt, dass die Handlungen gegen den prätorischen Befehl sich als unerlaubte darstellten, für deren Folgen die Erben nach anerkannten Grundsätzen nicht zu haften brauchten. Als sich der Formularprozess vollständig entwickelt hatte, mag man in den Fällen, in denen durch die Besitzstörung ein Gewinn dem Erben zugegangen war, mit einer *actio in factum* geholfen haben.

Mit der Einsicht, dass das *interdictum uti possidetis* als *iudicium simplex* auch gegen einseitige Störungen benutzt werden konnte, verschwindet alle Schwierigkeit, welche uns bisher die Erklärung der Verjährungsklausel in der *l.* 1 *pr. uti poss.* 43, 17 bereitete. Wir fanden zwar den Grundsatz in den Quellen, dass der Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl nur innerhalb eines Jahres gerügt werden dürfe, konnten aber von demselben für das *interdictum uti possidetis* keinen Gebrauch machen, so lange wir es ausschliesslich als *controversia de possessione*, als Mittel zur Festsetzung eines von zwei Parteien in Anspruch genommenen Besitzes, betrachteten. Denn in der fortgesetzten Absicht, dem Gegner den Besitz nicht zu überlassen, erneuerte sich die *vis* in jedem Augenblicke, so dass in jedem Augenblicke von neuem eine Veranlassung zur Sponsionsaufforderung gegeben war. Dies Bedenken verschwindet bei der Klage

wegen einer vergangenen Störung. Hier kann das Recht, dieselbe geltend zu machen, durch Verjährung ausgeschlossen werden, hier hat es einen Sinn, wenn nur *intra annum* der Sieg im Sponsionsprozesse verheissen wurde. Ob auch das *iudicium secutorium* einer kurzen Verjährung unterlegen habe, ist zweifelhaft. Da es von vorn herein nicht auf mehr als auf das wahre Interesse gegeben wurde, so mag es *perpetuum* gewesen sein. Doch ist auch hier der Wegfall nach kurzer Frist nicht undenkbar.

VIII. Das neueste Recht nach Wegfall des Interdiktenprozesses.

Das Verschwinden des Interdiktenprozesses musste vom allergrössten Einflusse sein auf das Institut des Besitzes. Der Gedanke, dass der Besitzer als solcher wegen der Bethätigung seiner Persönlichkeit einen Anspruch habe auf Schutz in seinem Verhältnisse zur Sache, hatte sich im klassischen Rechte nur auf einem Umwege Geltung verschafft. Sofern sich ein Eingriff in den Besitz nicht schon seiner Form nach als unerlaubt darstellte oder doch eine Verletzung einer vertragsähnlichen Verbindlichkeit enthielt, (wie bei der Weigerung, den *precario* erlangten Besitz zu restituiren,) konnte sich der Besitzer seiner nur dadurch entwehren, dass er sich unter besonderen Schutz der obrigkeitlichen Autorität stellte. Es bedurfte eines speciellen Befehles, die Störung zu unterlassen, damit die wirklich eingetretene gerichtlich verfolgt werden konnte. Seitdem aber prätorische Befehle nicht mehr ausgesprochen wurden, um dann bei behauptetem Ungehorsam die Grundlage weiterer Verhandlungen zu werden, musste auch für die possessorischen Interdikte dasjenige gelten, was wir im ersten Abschnitte als allgemeine Regel kennen gelernt haben. Das Princip, welchem der Prätor früher durch seinen Spruch bindende Kraft für den konkreten Fall verschafft hatte, galt

nunmehr ein für alle Mal als fester Bestandtheil der Rechtsordnung. Der Besitzer wurde so behandelt, als habe der Prätor auf seinen Antrag Jedem gegenüber sein *vim fieri veto* ausgesprochen. Jede Handlung, die *post interdictum redditum* vorgenommen als *vis contra edictum* erschienen sein würde, galt nunmehr ohne weiteres als geeignete Veranlassung einer Besitzklage. Ihre Widerrechtlichkeit wurde aber nicht mehr wie früher durch Sponsionen ermittelt. Dadurch fiel eine besondere Strafe für den bewiesenen Ungehorsam gegen die Rechtsvorschrift weg. Es blieb nur noch das *iudicium secutorium,* mit welchem der Verletzte sofort die Herstellung eines ungestörten Besitzstandes und Ersatz des durch die Verletzung etwa veranlassten Schadens verlangt.

Wenn sich für das klassische Recht eine doppelte Funktion des *interdictum uti possidetis* ergab, indem es einmal dazu diente, einen zweifelhaften Besitz festzustellen, sodann aber auch dem Besitzer Schutz gewährte gegen eigenmächtige Störungen, so fragt es sich, ob diese beiden Wirkungen noch im neuesten Rechte unterschieden werden können? Es liegt durchaus kein Grund vor, die unbedingte Bejahung dieser Frage in Zweifel zu ziehen, so dass es im Folgenden nur darauf ankommen wird, unter Voraussetzung einer solchen doppelten Funktion den Einfluss des veränderten Prozessverfahrens im Einzelnen einer Prüfung zu unterwerfen.

Der Besitz eines Grundstückes kann dadurch streitig geworden sein, dass sich zwei Personen denselben gleichzeitig zuschreiben. Wenn in einem solchen Falle zur Zeit des Interdiktenprozesses das Interdikt ausgesprochen war, so konnte, wie wir sahen, schon in der bestimmten Erklärung, dem Gegner nicht weichen zu wollen, eine *vis* gefunden werden, welche die Grundlage für die Sponsionen abgab. Nach dem vorhin Gesagten folgt hieraus, dass die Besitzklage des neuesten Rechts veranlasst ist, wenn Jemand mit Entschiedenheit die Behauptung aufstellt, er sei Besitzer unseres Grundstückes, und seinen Willen, diesen Besitz auch wirklich auszuüben, an den Tag legt. Die Behauptung eines thätlichen Eingriffes in die Herrschaft über eine Sache

ist zur Begründung der Klage nicht erforderlich, wenn auch regelmässig ein solches dem Beginne des Prozesses vorausgegangen sein wird.

Für den Verlauf desselben ist besonders wichtig das Verschwinden der *fructus licitatio*. Wann dieses höchst praktische Verfahren zur interimistischen Regelung des Besitzes abgekommen sei, lässt sich mit Bestimmtheit nicht angeben. Sicher ist, dass sich im justinianischen Rechte keine Spur mehr davon findet. Nachdem einmal die Einleitung des Prozesses durch schriftliche Klage aufgekommen war, mochte die Thatsache, dass nun die Parteien nicht mehr gleich bei Beginn des Rechtsstreites sich gemeinsam vor dem Prätor einfanden, die äussere Veranlassung für das Wegfallen der Besitzversteigerung gewesen sein. Es suchte jede Partei durch eigene Macht den behaupteten Besitzstand aufrecht zu erhalten. Jedenfalls ist uns keine Kenntniss von einem Ersatze jenes Aktes der klassischen Zeit zugekommen, bis sich dann im späteren Mittelalter unter dem Einflusse der italienischen Juristen das *possessorium summariissimum* auf Grund der letzten Besitzhandlung ausbildete.[1]

An die Stelle der wegfallenden Verbindlichkeit des in der Licitation Siegenden, die Sache nebst Früchten und Strafsumme nach der Verurtheilung im Sponsionsprozesse herauszugeben, trat aber jetzt die Verpflichtung des im Prozesse Unterliegenden, Ersatz für den durch seine thatsächlichen Störungen des Besitzes veranlassten Schaden dem Sieger zu gewähren. Für die nach der Litiscontestation zugefügten Nachtheile verstand sich dies schon nach dem allgemeinen Principe, wonach dem schliesslichen Sieger im Prozesse dasjenige zugesprochen werden muss, was er haben würde, wenn bei Fällung der Sentenz im Augenblicke der Litiscontestation sofort Erfüllung erfolgt wäre. Nachdem man aber einmal den Besitz ohne vorgängiges prätorisches Dekret gegen Störungen schützte, musste auch bei gegenseitiger Beanspruchung des gegenwärtigen Besitzes auf den vor der Litiscontestation verursachten Schaden Rücksicht genommen werden. Wenn früher nur bei einseitigen Störungen

1) cf. Savigny, Bes. §. 51. Bruns, Besitz §. 33.

gegen das prätorische Verbot Klagen auf *quanti ea res est* gegeben wurden, so hatte dies seinen Grund darin, dass auf Handlungen vor dem Interdikte keine Rücksicht genommen werden konnte, nach dem Interdikte aber bei einem *iudicium duplex* sofort die *fructus licitatio* das Verhältniss zu regeln pflegte. Dies änderte sich mit dem Wegfalle der prätorischen Befehle. Nun erschien jede in den Besitz eines Anderen eingreifende eigenmächtige Handlung ohne weiteres als widerrechtlich und konnte zur Grundlage für einen Schadensersatzanspruch gemacht werden. Mit dem Antrage auf Anerkennung und Festsetzung des gegenwärtigen Besitzes liess sich nun stets die Bitte um Verurtheilung des Gegners zum Ersatze des angerichteten Schadens verbinden.

Wie aber früher der Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl nur innerhalb eines Jahres gerichtlich verfolgt werden konnte, so musste nunmehr die Klage auf Entschädigung der kurzen Verjährungsfrist von einem Jahre unterliegen. So wurde durch die Umgestaltung des Prozesses eine Anwendung der Verjährungsgrundsätze auch auf die Klage zur Feststellung des gegenwärtigen Besitzes möglich. Aber freilich verjährt die Klage in einem Jahre nur soweit sie auf Schadensersatz gerichtet ist. Der Satz, dass der thatsächliche Zustand wegen seiner langen Dauer nicht des gerichtlichen Schutzes beraubt werden kann, hat seine Geltung selbstverständlich nicht verloren. Wird desshalb ein Besitz lange Zeit hindurch von derselben Person, die ihrerseits gleichfalls den Besitz in Anspruch nimmt, gestört, so fällt nach einem Jahre die Besitzklage nicht fort. Die erneuerte Störung begründet immer von neuem die Klage, und durch die Verjährung kann nur bewirkt werden, dass bei der Berechnung des durch die Störung veranlassten Schadens auf Handlungen vor einem Jahre keine Rücksicht genommen wird.

Daraus ergiebt sich, dass man auch noch im neuesten Rechte die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* unabhängig von der kurzen Verjährung des Schadensersatzanspruches beurtheilen muss. *Perpetuo huic interdicto insunt haec: quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.* Wird überhaupt der Besitz des vitiösen Occupanten

dem Entsetzten angerechnet, so ist dieser, da für jene Anrechnung eine bestimmte Frist nicht vorgeschrieben ist, fortdauernd dem Dejicienten gegenüber als gegenwärtiger Besitzer anzusehen, und wird also immer von neuem durch das thatsächliche Vorenthalten des entzogenen Grundstückes in seinem Besitze verletzt.

Kann nun aber wirklich der dejicirte Besitzer ohne alle zeitliche Beschränkung durch Vermittelung des *interdictum uti possidetis* die entzogene Sache wieder erlangen? Damit kommen wir auf eine Frage, deren Beantwortung an einer früheren Stelle ausgesetzt ist, weil sie durch das Recht der älteren Zeit nicht hervorgerufen wurde, die Frage nämlich, ob die allgemeine Klagenverjährung einen Einfluss ausgeübt hat auf die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis?* Es dürfte hier einer der nicht eben seltenen Fälle vorliegen, in denen die Compilatoren unvermittelt neben einander neues und altes Recht aufgenommen haben, indem sie Aussprüchen der klassischen Juristen einen Platz in den Pandekten einräumten, die mit später entwickelten Rechtsanschauungen nur schlecht übereinstimmen. Ich erinnere z. B. an das Erforderniss einer usucapionsfähigen Sache zur Ermöglichung der *actio publiciana*, welches gegenüber der ausserordentlichen Ersitzung und dem Wegfalle der Ersitzungsfiktion in der Formel durchaus seine Berechtigung verloren hat. In der klassischen Zeit konnte das *interdictum uti possidetis in perpetuum* zugelassen werden, selbst wenn es wegen der Fiktion des dem Dejicienten gegenüber fortdauernden Besitzes in Wahrheit eine Klage auf Rückgewährung einer entzogenen Sache war, da ja alle Klagen mit Ausnahme der bestimmt hervorgehobenen *actiones temporales perpetuae* waren. Dagegen müsste dies Resultat als ungerechtfertigte Anomalie angesehen werden, nachdem der Wegfall sämmtlicher Klagen durch Unthätigkeit des Berechtigten während dreissig oder vierzig Jahren allgemeines Recht geworden ist. Denn wenn Jemand vor dreissig Jahren seines Grundstückes vitiös beraubt ist und seit dieser Zeit thatsächlich nicht wieder den Besitz ausgeübt hat, so lässt sich nicht leugnen, dass materiell bereits vor dreissig Jahren die eigentliche Veranlassung zur Klage gegeben war, wenn diese auch

formell als Klage zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes auftritt. Hätte desshalb die Frage den Compilatoren ausdrücklich zur Entscheidung vorgelegen, ob ohne Zeitgrenze das *interdictum uti possidetis* gegen den vitiösen Besitzer zum Siege führe, so würden sie unzweifelhaft das Recht der Berufung auf das *vitium* des Gegners auf eine bestimmte Frist beschränkt haben. Es ist nicht glaublich, dass die beiden recuperatorischen Interdikte der allgemeinen Verjährung unterworfen sein sollten, während in dem *interdictum retinendae possessionis* dem Dejicirten für alle Zeiten ein Mittel verblieb, den entzogenen Besitz von dem besitzenden Dejicienten wieder zu erlangen. Sicher wäre wenigstens diese Anomalie ausdrücklich hervorgehoben, wenn die Compilatoren mit Bewusstsein die Unverjährbarkeit des *interdictum uti possidetis* in der angegebenen Weise als geltendes Recht hätten anerkennen wollen.

Sie trafen aber meines Erachtens desshalb keine Bestimmung über die Dauer der recuperatorischen Wirkung der Besitzklage, weil es ihnen an klarer Einsicht in das klassische Recht fehlte. Der Gegensatz zwischen dem *interdictum unde vi* und *de precario* gegen den besitzenden Dejicienten auf der einen, und dem *interdictum uti possidetis* des *iustus possessor* auf der anderen Seite hatte sich sehr verständlicher Weise mehr und mehr verwischt, seitdem ein Interdikt vom Prätor nicht mehr ausgesprochen wurde. Durch den Inhalt des prätorischen Befehles wurde man nicht mehr auf den Unterschied aufmerksam gemacht, während das Resultat der verschiedenen Rechtsmittel, nachdem einmal bei dem *interdictum retinendae possessionis* auf widerrechtliche Störungen des Besitzes auch vor Anstellung der Klage Rücksicht genommen wurde, wesentlich dasselbe war. So mochte allmälig bei dem sinkenden Verständnisse des alten Prozessrechtes die Möglichkeit, ein recuperatorisch wirkendes Rechtsmittel *interdictum uti possidetis* zu nennen, dem Bewusstsein verloren gehen. Ohne dass man materielle Sätze des alten Rechtes änderte, hielt man sich an das äussere Resultat, und gewöhnte sich, ein Rechtsmittel, welches zur Wiedererlangung einer thatsächlich verlorenen Herrschaft über eine Sache führte, theoretisch als *interdictum recupe-*

randae possessionis zu bezeichnen. In der Praxis legte man sicher kein Gewicht darauf, ob der vitiös Entsetzte dem besitzenden Dejicienten gegenüber gegenwärtigen Besitz behauptete und Anerkennung resp. Ersatz für die Störung verlangte, oder ob er sich auf die vollendete Dejection stützte und Wiedererstattung in Anspruch nahm. War das Resultat der Entsetzung unzweifelhaft, so zog der Kläger selbstverständlich den letzten Weg vor, da er sich als der natürlichere darstellte, und seine Wahl mit keinerlei Nachtheil verbunden war. Denn die Frage nach der Fortdauer der Usucapion hing ja mit dem Siege im *interdictum retinendae possessionis* nicht zusammen. Das alte Recht kam desshalb nur dann zur praktischen Anwendung, wenn sich der Kläger über das Resultat der Störung im Irrthume befand, und die durchgeführte vitiöse Dejektion erst im Laufe des Prozesses festgestellt wurde. So erklärt es sich, wesshalb in Justinian's Institutionen sowohl als auch in der Paraphrase des Theophilus die Möglichkeit, durch das *interdictum uti possidetis* einen entzogenen Besitz wieder zu erlangen, mit keiner Sylbe erwähnt wird, während doch die Stellen, aus denen sich uns oben die recuperatorische Wirkung der *interdicta retinendae possessionis* ergab, in die Pandekten aufgenommen sind. Daraus erklärt sich aber auch weiter, warum eine Bestimmung über die Bedeutung der allgemeinen Klageverjährung für die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* nicht getroffen wurde. Es schien zu genügen, wenn über die Anwendbarkeit der neuen Vorschriften auf die *interdicta recuperandae possessionis* ein Zweifel nicht obwalten konnte. Desshalb darf aber auch bei dem Stillschweigen der Quellen aus der formellen Behandlung des Dejicirten als gegenwärtigen Besitzers keine Folgerung gezogen werden, welche mit der Idee der allgemeinen Klageverjährung in Widerspruch steht. Dem Geiste des neueren Rechtes entspricht es, die Berufung auf das *vitium*, durch welches der Gegner den Besitz unserer Sache erlangt hat, nur innerhalb der allgemeinen Verjährungsfrist zuzulassen; das *„perpetuo"* der *l.* 1 §. 5 *uti poss.* 43, 17 muss also den Sinn erhalten, den das Wort in Verbindung mit *actio* im neueren Rechte überhaupt hat. Nicht eine kürzere, sondern nur die lange

Frist von dreissig resp. vierzig Jahren schliesst den während dieser Zeit unthätigen früheren Besitzer von der Geltendmachung der vitiösen Entsetzung aus.

Zur Gewinnung dieses Resultates bedarf man übrigens nicht nothwendiger Weise der ausgesprochenen Vermuthung, es habe den Compilatoren an einer klaren Einsicht in das von ihnen in die Pandekten aufgenommene alte Recht des *interdictum uti possidetis* gefehlt. Sie ist immerhin etwas gewagt, und erscheint nur dadurch als möglich, dass in der späteren Zeit der Kläger einen bestimmten Namen seiner Klage nicht anzugeben brauchte, oder doch wenigstens an die falsche Bezeichnung derselben keine nachtheiligen Folgen geknüpft wurden.[2] Ich selbst möchte desshalb nicht zu grosses Gewicht auf sie legen, und darauf hinweisen, wie die Compilatoren die *l.* 1 §. 5 *uti poss.* 43, 17 auch bei deutlichem Bewusstsein, welche Wirkung der Zusatz: *nec vi nec clam nec precario* im Interdikte haben könne, aufnehmen durften. Hatten sie doch häufig den Ausdruck *perpetua actio* in dem oben angegebenen Sinne gebraucht, und konnten sie auch ohne besondere Erklärung die Uebertragung der allgemeinen Verjährungsvorschriften auf das *interdictum uti possidetis* voraussetzen.

Das Resultat unserer Untersuchung ist also, dass das *interdictum uti possidetis* als Mittel den vom Gegner beanspruchten Besitz zu schützen seine recuperatorische Wirkung in dreissig Jahren verliert, während Ersatz des durch die Störung angerichteten Schadens nur innerhalb eines Jahres gefordert werden kann.

Dabei ist aber hervorzuheben, dass das Recht, das *vitium* des gegnerischen Besitzes geltend zu machen, in gleicher Weise einer Verjährung unterworfen ist, mag es nun von dem Kläger oder von dem Verklagten in Anspruch genommen werden. Es ergiebt sich dies ganz abgesehen von der Frage, in wie weit eine auch klagbar durchzuführende *exceptio* durch Verjährung ausgeschlossen werden kann, aus der Duplicität des Interdiktes, kraft deren die Stellung beider

---

2) c. 1 u. 2 *de formulis et impetrationibus actionum sublatis*, 2, 58, vergl. mit *l.* 47 §. 1 *de neg. gest.* 3, 5.

Parteien genau dieselbe ist. Es handelt sich bei dem *interdictum uti possidetis*, welches ein vitiöser Besitzer gegen den Dejicirten anstellt, nicht um eine *exceptio* im gewöhnlichen Sinne, durch welche ein Anspruch zurückgewiesen werden soll, sondern um die Geltendmachung einer Thatsache, wegen deren der Verklagte die Herausgabe des streitigen Gegenstandes verlangt. Kann dieser nur innerhalb einer bestimmten Zeit zur Begründung einer Klage benutzt werden, so muss diese Beschränkung auch da gelten, wo die Dejektion das Fundament für eine Gegenklage abgeben soll. Denn dies ist heut zu Tage materiell die Natur einer Erklärung, durch welche ein Verklagter den Besitz der streitigen Sache für sich in Anspruch nimmt. Die Duplicität hat nach Wegfall des beide Parteien gleichmässig anredenden Interdiktes nur die Bedeutung, dass der Klage durch die Behauptung des Verklagten, er selbst sei Besitzer oder müsse wegen der vitiösen Dejektion dem Kläger gegenüber als solcher behandelt werden, stets eine Gegenklage entgegen treten kann. Und zwar wird man vielleicht auf Grund einer solchen Vertheidigung auch ohne besonderen Antrag des Verklagten den vitiös besitzenden Kläger auf Herausgabe der Sache verurtheilen können. Es würde dann die Möglichkeit, den Kläger auch ohne ausdrückliche Reconvention zu condemniren, eine praktische Consequenz des Umstandes sein, dass noch in den Pandekten das Interdikt schlechthin als *duplex* bezeichnet wird.

Es liesse sich allerdings noch denken, dass nach Verjährung der Widerklage das *vitium*, welches der Verklagte dem klägerischen Besitze vorwerfe, den Ausschluss einer Klage auf Erstattung des durch Störung verursachten Schadens bewirke, so dass es in dieser Weise noch immer als *exceptio* gegen die Klage benutzt werden könne. Doch ist es nicht glaublich, dass durch die Grundsätze der Verjährung ein Zustand herbeigeführt werden sollte, in welchem ein vitiöser Besitzer zwar gegen jede Klage auf Herausgabe der Sache gesichert ist, gegen eigenmächtige Störungen aber vollkommen hülflos dasteht. Ein solches Resultat wäre so über alle Massen unverständig, dass man es ohne die zwingendsten Beweisgründe dem römischen Rechte nicht auf-

bürden kann. Vielmehr ist mit dem Rechte des Dejicirten, sich als Kläger auf den vitiösen Besitz des Gegners zu berufen, das *vitium* als erloschen anzusehen, und es kann desshalb nach jener Zeit der Dejicirte Störungen des thatsächlichen Besitzes nicht vornehmen, ohne sich zum Ersatze des dadurch angerichteten Schadens zu verpflichten.

Man hat wohl zuweilen die recuperatorische Wirkung des Interdiktes und damit auch das Recht zu eigenmächtigen Störungen des vitiöser Weise an den Gegner verlorenen Besitzes auf eine kürzere Dauer beschränken wollen, indem man sie auf einen nach der Dejektion *solo animo* fortgesetzten Besitz zurückführte. Werde dieser *per longum tempus* (zehn Jahre) nicht ausgeübt, so sei er als aufgegeben anzusehen.[3] So natürlich die Anschauung auch ist, dass Jemand, der sich zehn Jahre lang um seine Sache, die sich in der thatsächlichen Herrschaft eines Anderen befindet, nicht kümmerte, das Recht verloren haben soll, die Entsetzung durch den Gegner als Störung seines gegenwärtigen Besitzes zu betrachten, und so sehr sich auch eine derartige Beschränkung des Rechtes, das *vitium* des gegnerischen Besitzes geltend zu machen, für die Gesetzgebung empfehlen möchte, so wenig ist doch meines Erachtens diese Theorie im positiven Rechte zu begründen. Das römische Recht kennt in Wahrheit nicht einen Besitz im gewöhnlichen Sinne, der *solo animo* retinirt wird, während ein Anderer die thatsächliche Herrschaft über die Sache für sich selbst ausübt. Wo in den Quellen von einem *solo animo* retinirten Besitze gesprochen wird, da handelt es sich um einen Besitz, bei dem das körperliche Verhältniss zur Sache zwar augenblicklich nicht hervortritt, aber in jedem Momente beliebig wieder hergestellt werden kann. Selbst der Besitz während der heimlichen Occupation eines Grundstückes durch einen Anderen ist in dieser Weise auch *corpore* als fortgesetzt anzusehen, da in dem unbedingten Vertreibungsrechte des von der Occupation Benachrichtigten das Mittel zur Wiederherstellung der thatsächlichen Herrschaft gegeben ist.[4] Zwar konnte nach

3) Vergl. die Nachweise bei **Bruns**, Bes. §. 33 S. 260. **Delbrück**, §. 22 S. 138.

4) Vergl. meinen Aufsatz Abschn. V.

klassischem Rechte jeder vitiös Dejicirte straflos den Gegner wieder vertreiben. Da er aber in seinen Mitteln beschränkt war und namentlich der Hülfe von *homines coacti armative* sich nicht bedienen durfte, so erschien dieses Recht als ein in seiner Durchführung zu zweifelhaftes, um darauf hin die Fortdauer des Besitzes anzunehmen.[5] Die Usucapion war unterbrochen, auch wenn der einmal entzogene Besitz wiedererlangt wurde. Wenn desshalb der Dejicirte in dem *interdictum retinendae possessionis* dem besitzenden Dejicienten gegenüber siegt, so geschieht dies vielmehr zur Strafe des Dejicienten, als weil der Dejicirte noch wirklicher Besitzer ist. In gewissem Sinne wird diesem allerdings der Besitz seines Gegners zugerechnet und er desshalb als *iustus possessor* bezeichnet. Es ist aber diese *iusta possessio* eine nur für das *interdictum retinendae possessionis* gebildete Fiktion, auf die desshalb nicht ohne weiteres die allgemeinen Grundsätze über den Verlust des Besitzes übertragen werden können. Wie lange das *vitium* geltend gemacht werden dürfe, ist selbständig entschieden. Und zwar lautet die Entscheidung: *perpetuo interdicto insunt haec: nec vi nec clam nec precario.*

Wenn bisher auf Grund der früheren Untersuchungen die recuperatorische Wirkung des *interdictum uti possidetis* als feststehend angenommen ist, so könnte doch in Zweifel gezogen werden, ob nicht die Bestimmung des neueren Rechtes, wonach der Dejicirte nicht mehr eigenmächtig eine Wiedervertreibung vornehmen darf, einen Einfluss auf die Stellung des Entsetzten auch im *interdictum uti possidetis* ausgeübt habe? Man könnte vielleicht deduciren, dass mit dem Wegfalle dieses Rechtes die Grundlage für die Annahme auch einer beschränkten *iusta possessio* fortgefallen sei, ohne die wieder der Sieg im *interdictum retinendae possessionis* nicht gedacht werden könne. Allerdings ist die Gestattung der eigenmächtigen Vertreibung des vitiösen Besitzers durch den Dejicirten ein charakteristisches Zeichen,

---

5) Ob vor der Einführung des *interdictum de vi armata* die Theorie von der *iusta possessio* gegenüber dem *iniustus possessor* wegen des unbedingten Vertreibungsrechtes des Dejicirten in weiterer Ausdehnung anerkannt war, als in späterer Zeit, wage ich nicht zu entscheiden.

wie man im älteren Rechte das Verhältniss des Entsetzten angesehen habe, und es ist desshalb oben aus dieser Thatsache ein Grund hergenommen, um die recuperatorische Wirkung der Besitzklage zu beweisen. Da aber, wie so eben ausgeführt ist, die *iusta possessio* auf ganz eigenen Grundsätzen beruht, und dem *iniustus possessor* gegenüber angenommen wird, wo in jeder anderen Beziehung der Besitz aufgehoben ist, so konnte bei der fortschreitenden Einschränkung der Selbsthülfe das eigenmächtige Vertreibungsrecht dem Dejicirten sehr wohl entzogen werden, ohne dass ihm desshalb der Sieg in dem geregelten Besitzstreite unmöglich gemacht wurde. Dagegen erscheint es allerdings als inconsequent, wenn das neueste römische Recht zwar gegen gewaltsame Vertreibung, nicht aber gegen gewaltsame Störung des vitiösen Besitzers ein Verbot ausspricht. Mit Recht bemerkt Bruns[6], dass es danach ganz von dem zufälligen Erfolge abhängt, ob dieselbe Handlung als widerrechtliche Gewalt das *interdictum unde vi* begründen, oder ganz ohne nachtheilige Folgen sein soll. Eine Erklärung findet diese Inconsequenz darin, dass unter der *vis*, welche der Prätor durch das *interdictum uti possidetis* ausschliessen will, keineswegs nur die *vis atrox*, die zum *interdictum unde vi* Veranlassung giebt, zu verstehen ist. Jede Handlung, welche wider den Willen des Besitzers in die vollständige ausschliessliche Herrschaft über die Sache eingreift, fällt unter diesen Begriff. Da nun aber auf Grund der dem Dejicirten auch im neuesten Rechte eingeräumten Befugniss, sich dem Dejicienten gegenüber als gegenwärtigen Besitzer anzusehen, jenem Besitzhandlungen, sofern sie nur nicht mit einer wirklichen Gewaltthat, mit *vis atrox*, verbunden sind, gestattet bleiben konnten, auch nachdem ihm eine gewaltsame Wiedervertreibung untersagt war, so hatten die Compilatoren volles Recht, das alte Interdikt in seiner ursprünglichen Fassung an die Spitze des Titels zu stellen. Nur hätten sie, um das alte Recht in Uebereinstimmung mit dem Verbote der gewaltsamen Vertreibung zu bringen, wirkliche Gewalt auch bei Störungen des vitiösen Besitzers ausdrücklich unter-

6) Besitz, §. 59 S. 99.

sagen müssen. Dem Geiste des neuesten römischen Rechtes würde es desshalb entsprechen, wenn man den Dejicirten für wirkliche Gewaltthaten gegen den Dejicienten, die nicht als Vertheidigung gegen einen direkten gegenwärtigen Angriff erscheinen, oder, wie bei der Vertreibung eines heimlichen Occupanten, als solche behandelt werden, unbedingt verantwortlich macht.

Rücksichtlich des Rechtes des Erben, die vitiöse Entsetzung des Erblassers geltend zu machen, resp. seiner Pflicht, das von dem Erblasser begründete *vitium* auch gegen sich gelten zu lassen, ist durch den Wegfall des Interdiktenverfahrens nichts geändert.

Das Interdikt kann aber auch von dem unbestrittenen Besitzer des Grundstückes gegen ungerechtfertigte Störungen gebraucht werden. Um sich für solche Fälle eine Klage zu sichern, hatte nach klassischem Rechte der Besitzer das Interdikt gegen denjenigen zu erwirken, von dem er eine Störung befürchtete. Denn ohne vorausgegangenen prätorischen Friedensbefehl liess sich ein Anspruch auf Grund einer widerrechtlichen Störung nicht durchführen. Desshalb setzte auch der Antrag auf Erlass des Interdiktes eine bestimmte Handlungsweise des Impetraten nicht voraus. Eine bereits stattgehabte Störung war nicht nothwendig, da das Interdikt nur als eine Vorkehrung gegen zukünftige Störung erschien. Dagegen verlangte natürlich die Sponsion: *si contra edictum Praetoris possidenti mihi vim fecisti* die Ausübung einer *vis post edictum*, und das *secutorium iudicium* auf *quanti ea res est*, welches sich allmälig ausbildete, liess sich nicht begründen, wenn die Störung nicht einen vermögensrechtlichen Nachtheil für den Besitzer gehabt hatte.

Nachdem aber durch den Wegfall der prätorischen Befehle der Besitz zu einem selbständig geschützten Rechtsverhältnisse geworden ist, kann sich der Besitzer sofort auf die Thatsache stützen, dass ein Eingriff in seinen Besitz stattgefunden habe, um die Verurtheilung des Gegners zum Ersatze des angerichteten Schadens zu erwirken. Desshalb kann aber heut zu Tage der Besitzer, sofern es sich nur um Abweisung von Störungen handelt, regelmässig erst dann klagend vorgehen, wenn bereits eine thatsächliche Störung

stattgefunden hat. Denn da das Gebot, Störungen zu unterlassen, schon in der allgemeinen Rechtsordnung enthalten ist, so wäre es überflüssig, wenn der Besitzer den Ausspruch desselben durch den Richter gegen einen Einzelnen noch besonders veranlassen wollte. Dass die Störung, um die Klage zu begründen, die Natur eines Deliktes an sich tragen müsse, lässt sich ebenso wenig behaupten, als man unter der vom Prätor untersagten *vis* nur eine wirkliche Gewaltthat, eine *vis atrox,* verstehen darf. Jede Handlung, welche objektiv in das bestehende thatsächliche Verhältniss eingreift, charakterisirt sich als Besitzverletzung und rechtfertigt das Interdikt. Immer aber ist an dem Erfordernisse festzuhalten, dass der Besitzer in seinem Verhältnisse zur Sache betroffen sei. Handlungen, die ausschliesslich gegen seine Person gerichtet sind, können auch heute nur Veranlassung zu einer Injurienklage werden.

Die siegreiche Durchführung einer Klage wegen Besitzstörung führt zur Verurtheilung des Verklagten auf Ersatz des angerichteten Schadens. Untersagung fernerer Störung, mit welcher in der Praxis regelmässig die Androhung einer Strafe im Falle der Zuwiderhandlung verbunden wird[7], ist gestattet, aber nicht nöthig. Doch kann unter Umständen die Auferlegung einer Caution, dass in Zukunft Störungen unterbleiben werden, eine zweckmässige Massregel sein. Die Nothwendigkeit hat der Richter nach billigem Ermessen zu bestimmen. Dabei ist zu erwägen, dass es sich nur um Realcaution handeln kann. Denn heut zu Tage ist in der That nicht zu ersehen, welchen Vortheil das blose Versprechen, eine gesetzliche Pflicht erfüllen zu wollen, gewähren sollte. Realcaution wird aber wieder nur dann mit Recht auferlegt werden dürfen, wenn der Verklagte genügende Veranlassung gegeben hat, Wiederholungen einer Störung seinerseits befürchten zu lassen.[8]

Unter dem Gesichtspunkte der Vorkehrung kann auch zuweilen gegen drohende Störungen geklagt werden. Es

---

7) cf. Wetzell, System des ordentl. Civilproz. §. 46 N. 45.

8) Man vergl. die ganz angemessenen Bestimmungen des preuss. Landrechts I, 7 §. 151—154.

lassen sich Fälle denken, in denen zwar eine Störung noch nicht stattgefunden hat, in denen aber Alles so vorbereitet ist, dass an den Willen Jemandes, eine Besitzstörung vorzunehmen, gar nicht zu zweifeln ist. Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Eigenthümer eines Grundstückes auf demselben bauen wollte, und der bereits festgesetzte Bauplan ergäbe die Absicht, einen Erker in die Luftsäule des Nachbars hineinzubauen. Wie dieser in einem solchen Falle zur *actio negatoria* berechtigt sein würde, um dem Baulustigen das Recht zur Ausführung seines Bauplanes streitig zu machen, so wird er sich auch auf die thatsächliche Freiheit seines Grundstückes zu stützen vermögen, um das Verbot des Baues bis zur Durchführung der *confessoria actio* zu erwirken. Auch hier würde dann die Androhung einer Strafe, wie die Auflage einer Caution gerechtfertigt sein.

Eine direkte Stütze findet die Zulassung der Klage gegen bevorstehende Störungen in der *l.* 5 §. 10 *de op. n. n.* 39, 1 — *quotiens quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel proiicere vult, melius esse, eum per Praetorem — prohibere.* Zwar bezieht sich dieselbe in ihrem ursprünglichen Sinne auf den prätorischen Befehl, eine Störung nicht vorzunehmen, welcher in dem Erlasse des Interdiktes enthalten war. Da sie aber von den Compilatoren zu einer Zeit in die Pandekten aufgenommen ist, als das Interdiktenverfahren nicht mehr bestand, so muss sie jetzt von dem gewöhnlichen Richterspruche auf Grund einer Klage verstanden werden. Für die Berechtigung zur Auflage einer Caution bietet die bereits besprochene *l.* 2 §. 18 *ne quid in loco publ.* 43, 8 einen Anhalt, welche bei einem anderen prohibitorischen Interdikte die Befugniss des Richters anerkennt, bevorstehende Handlungen durch Anordnung von Cautionen zu verhindern.

In Fällen der besprochenen Art würde der Antrag der Klage darauf gerichtet sein, den Kläger zur Anerkennung des unbeschränkten Besitzes zu verurtheilen und ihm die Vornahme eigenmächtiger Störungen zu untersagen. Zeigt sich dann, dass der Verklagte keine Veranlassung zu einer gerechten Besorgniss gegeben hat, und erkennt er den Besitz des Klägers einfach an, so wird dieser wegen ungerecht-

fertigter Klaganstellung in die Prozesskosten zu verurtheilen sein. Erfolgt dagegen eine Verurtheilung, so entspricht die Sentenz einigermassen dem alten prätorischen Befehle, welchen der Magistrat nach Regelung der Vindicien der Partei gegenüber aussprach, der er für die Dauer des Prozesses den Besitz nicht gegeben hatte.

Ist dagegen die Klage auf Ersatz des durch die Besitzstörung zugefügten Schadens gerichtet, so hat sie die Natur des *iudicium secutorium* im klassischen Prozesse. Zu diesem Zwecke müssen aber Handlungen vorgenommen sein, durch welche wirklich ein nach Geld abschätzbarer Schaden angerichtet ist. So kann es geschehen, dass Handlungen, welche nach altrömischem Rechte Veranlassung zu den Sponsionen *post interdictum redditum* werden konnten, weil sie eine wirkliche Störung des Besitzes enthielten, heut zu Tage zu einer Besitzklage desshalb nicht führen, weil es dem Besitzer an einem pekuniären Interesse fehlt, wie dies z. B. bei einmaligem ungerechtfertigten Eindringen in die Wohnung der Fall sein würde. Liegt dann nicht genügende Veranlassung vor, eine Wiederholung derartiger Störungen zu befürchten, so dass auch eine Klage auf ein durch Strafandrohung gesichertes Verbot oder auf Cautionsleistung nicht gerechtfertigt ist, so wird der Verletzte auf eine Injurienklage angewiesen sein.

Durch den Wegfall des prätorischen Befehles hat die Klage in einzelnen Fällen eine vollere Wirkung erhalten, als ihr nach klassischem Rechte zugeschrieben werden konnte. Das *vim fieri veto* des Prätors untersagte nur positive Handlungen, so dass ein Ungehorsam des Verklagten nicht vorlag, so lange dieser nur den bestehenden Zustand ungeändert fortbestehen liess. Wenn desshalb der Verklagte auch einen eigentlichen Quasibesitz nicht in Anspruch nehmen konnte, so bewirkte das Interdikt nach der vollendeten Herstellung widerrechtlicher Vorkehrungen nur, dass er der Aufhebung des bestehenden Zustandes durch den Kläger Widerstand nicht entgegenstellen durfte. Zu einer eigenen Thätigkeit wurde der Verklagte durch dasselbe nicht verpflichtet.[9] Dies kann heut zu Tage nicht mehr zutreffen. Das Verbot des

9) cf. *l.* 3 §. 4 u. 9 *uti poss.* 43, 17, und dazu S. 106 u. 107.

Eingriffes in fremden Besitz gilt ein für alle Mal, und wenn Jemand gegen dasselbe gefehlt hat, so muss er auch zur selbstthätigen Wiederherstellung des ordnungsmässigen Zustandes angehalten werden können. Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn der Verklagte einen Quasibesitz für sich anführen kann, bei dem die Voraussetzungen des Besitzschutzes vorliegen. Denn dann erscheint der bestehende Zustand nicht als Verletzung des gegenwärtigen Besitzes auf Seiten des Klägers, und dieser muss desshalb mit seiner Klage abgewiesen werden.

Damit sind wir auf die Frage gekommen, in wie weit heut zu Tage das Interdikt gegen Störungen als *duplex* anzusehen ist. Selbstverständlich ist die unbedingt einseitige Natur, wenn der Verklagte in keiner Weise eine Quasipossessio in Anspruch nimmt, sondern sich gegen die Klage durch Ableugnung der Störung oder des Schadens vertheidigt. Dagegen wird man den Prozess stets als *iudicium duplex* zu behandeln haben, wenn ein durch eine Klage geschützter Quasibesitz eines beschränkenden Rechtes auf Seiten des Verklagten behauptet wird. Nach klassischem Rechte liess sich dies, wie wir sahen, nur annehmen, wenn auch die Quasipossessio durch das *interdictum uti possidetis* vertheidigt wurde. In allen anderen Fällen konnte eine Verurtheilung des Klägers nur dadurch bewirkt werden, dass der mit dem *interdictum uti possidetis* Angegangene ein selbständiges Interdikt, welches sich auf seine Quasipossessio gründete, dem Kläger gegenüber aussprechen liess. Da aber nach neuerem Rechte Interdikte nicht mehr erlassen werden, es also auf den früher vom Prätor in seinem Befehle gebrauchten Ausdruck nicht mehr ankommt, so muss das alte Recht eine Aenderung erfahren. Die blose Behauptung des Quasibesitzes und etwaiger Störungen desselben durch den Kläger muss genügen, um eine Entscheidung darüber herbeizuführen, durch welche dann auch der Kläger zu Anerkennung und Schadensersatz verurtheilt werden kann. So gewinnen die Pandektenstellen, welche trotz des Wegfalls des beide Parteien gleichmässig anredenden prätorischen Befehles das *interdictum uti possidetis* schlechthin als *duplex* bezeichnen, einen weiteren praktischen Sinn, sofern wir in

Um so mehr Gewicht muss aber einer Stelle der Institutionen beigelegt werden, wo ausdrücklich Besitz im Momente der Litiscontestation erfordert wird. Es ist dies §. 4 *I. de interdictis* 4, 15:

> — *Hodie tamen aliter observatur: nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet.*

und im gleichen Sinne sagt Theophilus *ad h.* §.:

> *Ἐκεῖνος γὰρ νικᾷ εἴτε ἀκίνητον εἴτε κινητόν ἐστι τὸ πρᾶγμα, ὃς νέμεται nec vi nec clam nec precario κατὰ τὸν καιρὸν τῆς προκατάρξεως, ὥστε οὖν οὐκ ἔτι σκοποῦμεν, τίς ἐνέμετο ὅτε ἐδίδοτο τὸ ἰντέρδικτον, οὐδὲ τίς ἐνεμήθη τὸν πλείονα χρόνον τοῦ προλαβόντος ἐνιαυτοῦ.*

Mögen immerhin die Verfasser dieser Stellen ausschliesslich an das *interdictum uti possidetis* als Mittel zur Feststellung des zweifelhaften Besitzes gedacht haben, so geht doch aus ihnen hervor, dass man noch zu Justinian's Zeit das Interdikt als ein Schutzmittel des gegenwärtigen Besitzers ansah, und man wird desshalb nicht ohne Willkür bei der Klage wegen einseitiger Störung von jenen allgemein lautenden Aussprüchen absehen können. Wenn Köppen[10], der das *interdictum uti possidetis* als Deliktsklage für vollkommen unabhängig hält von dem gegenwärtigen Besitze, sich der Institutionenstelle gegenüber einfach darauf beruft, dass dort „von der vorjustinianischen Gestalt des *interdictum uti possidetis* die Rede sei", so ignorirt er, dass die Verfasser der Institutionen ebenso wie Theophilus das alte Recht, welches Besitz *interdicti tempore* erforderte, und das neue, welches einen solchen prätorischen Befehl nicht mehr kennt, sich gegenüber stellen, und somit die Annahme, als bezöge sich das Erforderniss gegenwärtigen Besitzes *litis contestatae tempore* auf die alte Zeit, geradezu unmöglich machen.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass auch der Erbe des in seinem Besitze Gestörten den an sich auf ihn vererbenden Anspruch nicht anders verfolgen kann, als wenn

---

10) System des heut. röm. Erbrechts, §. 1 Anm. 47.

er zuvor sich in den Besitz des betreffenden Objektes gesetzt hat. Im Uebrigen ist rücksichtlich der Vererbung des Rechtsmittels nur noch zu bemerken, dass die Erben des Störenden heut zu Tage ganz nach den allgemeinen Grundsätzen für den durch die Handlungen ihres Erblassers verursachten Schaden aufzukommen haben.

Fassen wir die Resultate für das neueste römische Recht noch einmal zusammen, so ergiebt sich Folgendes:

Die Klage dient sowohl zur Festsetzung eines zweifelhaft gewordenen Besitzes als zum Schutze gegen einseitige Störungen. In erster Beziehung genügt zur Veranlassung die bestimmte Behauptung eines Anderen, Besitzer des fraglichen Grundstückes zu sein. Das Verfahren ist dann *duplex.* Auch der als Kläger Auftretende kann verurtheilt werden, ja es genügt zur Herbeiführung einer richterlichen Festsetzung des Besitzes auf Seiten des Verklagten die Behauptung desselben, Besitzer zu sein, selbst wenn darauf ein besonderer Antrag nicht gegründet ist. Als Störung kann auch vitiöse Entziehung angesehen werden, sofern nur der Dejicient selbst noch die entzogene Sache besitzt. Sein Besitz wird dem Dejicirten angerechnet, der wenigstens für den Besitzstreit dem Entsetzer gegenüber als *iustus possessor* behandelt wird. Diese *iusta possessio* kann sich auch der Erbe des Entsetzten aneignen. Mit dem Antrage auf Anerkennung des Besitzes resp. Restitution der Sache kann der Anspruch auf Ersatz des durch die Störung oder Entsetzung verursachten Schadens verbunden werden. Durch diese Möglichkeit, mit dem *interdictum uti possidetis* Vergütigung des erlittenen Schadens zu erlangen, ist dasselbe bei gewaltsamer Entsetzung mit dem *interdictum unde vi* gegen den besitzenden Dejicienten vollständig ausgeglichen. Denn auch die Verjährung ist bei beiden Klagen dieselbe. Schadensersatz kann nur innerhalb eines Jahres beansprucht werden, während die Sache selbst dreissig Jahre lang zurückgefordert werden kann. Demnach ist es materiell gleichgültig, ob der Kläger dem vitiös besitzenden Verklagten gegenüber Entsetzung oder Störung in seinem Besitze behauptet. Hat freilich der Dejicient selbst nicht mehr die thatsächliche Herrschaft über die entzogene Sache, so fehlt die Grundlage

für die *iusta possessio* des Dejicirten. Derselbe ist dann ausschliesslich auf das *interdictum unde vi* angewiesen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Erbe des Entsetzers, sofern er nur den vitiös erworbenen Besitz seines Erblassers sich aneignet, in das *vitium* eintritt und desshalb selbst als Dejicient behandelt wird.

Wenn durch die italienischen Juristen das *interdictum uti possidetis* mehrfach auch gegen Dritte ausgedehnt ist, sofern diese nur von der vitiösen Besitzerwerbung ihres Auktors Kenntniss hatten, oder doch ihrerseits bei dem Erwerbe selbst vitiös handelten, so fehlt es hierfür im römischen Rechte an der gesetzlichen Grundlage. Die *iusta possessio* setzte stets den vitiösen Erwerb des Verklagten unmittelbar vom Kläger voraus. Selbst die Definition eines *clandestinus possessor* in *l.* 6. *pr. de a. r. p.* 41, 2 giebt zu jener Ausdehnung keine Berechtigung. Denn von einer heimlichen Entsetzung kann nach römischem Rechte nur demjenigen gegenüber die Rede sein, der sich noch in unmittelbarer Beziehung zur Sache befindet. Ohne dies fehlt es an einem Eingriffe in die Bethätigung der Persönlichkeit, welche die Grundlage für die Besitzklage abgiebt. Eine Modifikation tritt nur ein, wenn Jemand hinter dem Rücken des früheren Besitzers und mit voller Kenntniss der Sachlage von einem heimlichen Occupanten eines Grundstückes dasselbe erwirbt. Denn wegen des unbedingten Vertreibungsrechtes des früheren Besitzers wird dieser bis zur Benachrichtigung von der Occupation noch in vollerem Masse als der einfach Entsetzte wie ein gegenwärtiger Besitzer behandelt, so dass die Aneignung des Grundstückes durch einen dolos handelnden Dritten als Angriff auf seine Person angesehen werden kann.[11]

Als Schutzmittel gegen einseitige Störungen ist die Klage auf Ersatz des durch solche Eingriffe in die thatsächliche Herrschaft verursachten Schadens gerichtet und verjährt innerhalb eines Jahres. Doch kann auch zuweilen eine drohende Störung die Veranlassung werden, die Festsetzung der unbeschränkten thatsächlichen Herrschaft und ein darauf gegründetes richterliches Verbot eigenmächtiger Störung her-

11) Vergl. meine Abhandl. Abschn. VIII.

beizuführen. Immer wird fortdauernder Besitz des Klägers im Augenblicke der Litiscontestation vorausgesetzt. Unter dieser Voraussetzung geht aber der durch die Störung begründete Anspruch auch auf die Erben über, wie umgekehrt auch die Erben des Störenden für den von ihrem Erblasser angerichteten Schaden einzustehen haben. Das in diesen Fällen einseitige Verfahren verwandelt sich in ein *iudicium duplex*, sobald der Verklagte Quasibesitz eines beschränkenden Rechtes behauptet. Ob dieser durch das *interdictum uti possidetis utile* oder durch ein anderes possessorisches Rechtsmittel geschützt wird, ist für die prozessualische Behandlung gleichgültig.

Schliesslich haben wir noch einen Blick zu werfen auf die *l.* 1 *pr. uti poss.* 43, 17, wo Justinian mit Ediktsworten die Hauptsätze des zu seiner Zeit geltenden Rechtes zusammenzustellen versucht hat. Das Fragment lautet vollständig:

> *Ait Praetor: uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis: quo minus ita possideatis vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo: neque pluris, quam quanti res erit: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.*

Dass diese Sätze in dem prätorischen Edikte nicht in diesem Zusammenhange gestanden haben können, wird nach der Beschreibung des Verfahrens im Abschnitte III. und VII. kaum Jemand bezweifeln. So, wie sie jetzt verbunden sind, sagen sie aus, dass der Prätor das Interdikt nicht auf mehr als *quanti ea res erit* geben wolle, während doch das Interdikt überhaupt auf gar nichts gerichtet war, sondern nur das massgebende Princip aufstellte, nach welchem die Parteien ihr Verhältniss regeln sollten. Und nicht minder verkehrt ist im Sinne des klassischen Rechtes die Verjährungsklausel angebracht, welche in diesem Zusammenhange entweder den Satz enthalten haben würde, dass der einmal gestörte Besitz nach einem Jahre überhaupt schutzlos sein sollte, oder den gleich verkehrten, dass durch die Erwirkung des Interdiktes Schadensersatz auch für bereits geschehene Störungen innerhalb eines Jahres verlangt werden könne.

Dass unter diesen Umständen vor Auffindung des Gaius sehr irrige Vorstellungen über das Interdiktenverfahren überhaupt und über das *interdictum uti possidetis* insbesondere verbreitet waren, ist wahrlich nicht zu verwundern. Haben sich doch die falschen Theorien noch vielfach erhalten, nachdem wir bereits seit Decennien eine klarere Einsicht in das Wesen des Interdiktenprozesses erlangt haben.

Jenes *pr.* der *l.* 1 cit. konnte nur entstehen zu einer Zeit, als man gewisse Klagen aus rein historischen Gründen, ohne dass sie sich materiell wesentlich von anderen Rechtsmitteln unterschieden, Interdikte nannte. Unter dieser Voraussetzung konnten unmittelbar an den Satz des Ediktes, welcher in der Form eines einzelnen Interdiktes die Grundidee des Rechtsmittels aussprach, Bestimmungen angereiht werden, welche sich ursprünglich auf verschiedene Verhandlungen in Folge des prätorischen Befehles bezogen. Es waren ja die verschiedenen Stadien des alten Interdiktenprozesses zu einem einzigen Verfahren zusammengeschmolzen.

Bei der Zusammenstellung unseres Fragmentes haben die Compilatoren offenbar vorzugsweise an ein Interdikt gedacht, mit welchem Ersatz des durch eine Störung angerichteten Schadens gefordert wird. Für die Klage zur Festsetzung eines zweifelhaften Besitzes mögen ihnen die Fragen, die sie mit Worten des Prätors zu entscheiden beabsichtigten, die Frage nach dem Klageobjekte und nach der Verjährung, als unbedenklich erschienen sein. Jedenfalls können die hierüber handelnden Sätze des *pr. cit.* auf das Rechtsmittel zur Regulirung des streitigen Besitzes, so weit dies nicht mit einem Schadensersatzanspruche verbunden ist, nicht bezogen werden. Die Bezeichnung des Objektes als: *quanti ea res erit* würde nicht sehr passend sein, und die Beschränkung der Klagebefugniss auf ein Jahr seit der Entstehung des Streites wäre geradezu sinnlos. Noch weniger dürfen wir aber aus der Fassung des *pr.* die Folgerung ziehen, dass das *interdictum uti possidetis* im neuesten Rechte nur noch als Schadensersatzklage vorkomme. Denn nicht nur würde durch diese Beschränkung der Klage aus unbegreiflichen Gründen eine wesentliche Lücke im Rechte hervorgebracht sein. Es sind auch eine Reihe von Stellen in das Gesetzbuch

aufgenommen, welche ausdrücklich die Feststellung der Parteirollen, also die Regulirung des Besitzes, als einen Hauptzweck des Interdiktes auch im neuesten Rechte bezeichnen.[12]

Fragt man, in welchem Zusammenhange die mit dem eigentlichen Interdikte verbundenen Sätze ursprünglich im Edikte gestanden haben, so zeigen sich zunächst für die Worte: *neque pluris, quam quanti res erit* zwei Möglichkeiten. Einmal könnten sie aus dem Theile des Ediktes genommen sein, der über das *iudicium Cascellianum* handelte. Denn dass bei diesem Condemnation auf *quanti ea res est* erfolgte, wenn auf Grund des *arbitrium* Naturalrestitution nicht eintrat, ergiebt sich einmal aus der Natur der Sache, und findet sodann eine besondere Bestätigung in der *l.* 3 §. 11 *h. t.*, wo, wie schon früher erwähnt ist, statt: *in hoc interdicto* ursprünglich sicher gestanden hat *in hoc iudicio*. Gegen diesen Ursprung der Worte spricht aber der Umstand, dass die Compilatoren an die Klage gegen einseitige Störung dachten und dabei schwerlich Worte aus einer Ediktsstelle aufgenommen haben, die sich ausschliesslich auf eine *controversia de possessione* bezog. Auch will bei dieser Voraussetzung die Wendung „*neque pluris*" nicht recht passen, die doch offenbar eine Erwartung, als könnte die Klage auf mehr gerichtet sein, zurückzuweisen scheint.[13] Desshalb dürfte die andere Alternative den Vorzug verdienen, wonach die Worte im alten Edikte von der *actio secutoria* bei einseitiger Besitzstörung handelten. Hier konnte der Gedanke angeregt sein, ob nicht nach Analogie der *actio legis Aquiliae* eine besonders günstige Abschätzung des Schadens eintreten müsse, wogegen sich dann der Prätor durch die negative Bestimmung des Klagobjektes aussprach. Der Zusatz, welcher die Möglichkeit der Klage auf ein Jahr beschränkt, hatte im Edikte wohl den Zweck, die Sponsionen *ex inter-*

12) §. 4 *I. de interd.* 4, 15. *l.* 35 *de a. r. p.* 41, 2. *l.* 1 §. 3 *uti poss.* 43, 17. *c.* 3 *de interd.* 8, 1 u. a. m.

13) Allerdings kann diese Form von den Compilatoren gewählt sein, weil sie die Bestimmung des Klagobjektes im Interesse der Kürze mit dem Satze *de cloacis hoc interdictum non dabo* verbinden wollte. Doch würden sie wohl die natürlichere positive Fassung gewählt haben, wenn nicht schon im alten Edikte das Klagobjekt negativ bezeichnet worden wäre.

dicto bei Störungen, seit deren Vornahme bereits ein Jahr verstrichen war, auszuschliessen. Doch ist es auch möglich, dass derselbe von vorn herein mit der Ersatzklage nach der Entscheidung des Sponsionsprozesses in Verbindung stand.

Bei dieser Erklärung unserer Stelle ist von der Ansicht ausgegangen, dass die Worte: *de cloacis hoc interdictum non dabo* den Sinn haben, dass gegen den die Kloake Ausbessernden dem Besitzer des dienenden Grundstückes das Interdikt versagt werde. Sie würden dann auch im alten Edikte sich an die Formel des Interdiktes haben anschliessen können. Einen ganz anderen Sinn hat Huschke[14] in die Worte gelegt. Er verbindet nämlich die Sätze so, dass er von den Worten „*de cloacis*" ab nur Kommata setzt. Dadurch wird die Klage, welche der Prätor *intra annum* verspricht, auf die Kloaken bezogen und von ihr ausgesagt, dass sie nicht auf mehr als das Interesse des Klägers gerichtet werden könne. Huschke nimmt an, der Prätor habe dem Besitzer eines Hauses das Interdikt versagt, wenn er durch Verstopfung der Kloake, welche eine Stauung des Schmutzes im herrschenden Hause hervorgerufen, im Besitze desselben gestört sei. Dafür habe er eine *actio in factum* auf das Interesse wegen des durch die Kloakenstörung zugefügten Schadens gegeben. Der Grund für die Versagung des Interdiktes aber habe darin gelegen, dass auch bei den Streitigkeiten, bei denen es sich nicht um die Bestimmung der Beklagtenrolle für die *rei vindicatio* gehandelt habe, eine *fructus licitatio* vorgekommen sei. In dieser würde dann möglicher Weise der *vim faciens* den Sieg davon getragen haben, wodurch die schleunige Reinigung und Wiederherstellung der Kloake ungebührlich hätte verhindert werden können.

Dass ich die Annahme, es sei bei jedem *interdictum uti possidetis* eine *fructus licitatio* veranstaltet, für eine verkehrte halte, geht aus der Beschreibung des Verfahrens gegen einseitige Störungen hervor. Sie würde aber, selbst wenn man ihre Richtigkeit zugeben wollte, im vorliegenden Falle den Ausschluss des *interdictum uti possidetis* durchaus nicht rechtfertigen, denn das *interdictum de cloacis* hängt, wie Huschke

14) Gaius, S. 195 ff.

selbst ausführt, von der Quasipossessio der Kloake gar nicht ab, und würde, selbst wenn der Besitzer des dienenden Hauses in der Licitation das höchste Gebot gethan hätte, das Mittel zur Herstellung des freien Abflusses gewährt haben.

Gegen Huschke's Construktion spricht aber auch weiter die Wendung: *neque pluris — — agere permittam.* Wäre es nicht auf das äusserste seltsam, wenn der Prätor in dieser Form eine neue Klage angekündigt hätte? Niemand konnte je erwarten, dass das zu gewährende Rechtsmittel das Interesse übersteigen würde. Wozu also die negative Fassung? Sehr viel natürlicher wäre doch wohl das selbständige positive Versprechen einer *actio* auf das Interesse *intra annum* gewesen.

Es ist desshalb nicht ohne Grund, wenn, wie Huschke selbst einräumt, so lange man das *corpus iuris* liest, die beiden Schlusssätze auf das *interdictum uti possidetis* und nicht auf eine eigene *actio in factum* wegen Störung im Gebrauche einer Kloake bezogen sind. Muss es doch auch Huschke für wahrscheinlich erklären, dass selbst Justinian jene Beziehung gewollt habe, wie allerdings aus der *l.* 3 §. 11 *h. t.*, die sicherlich wegen der Worte *quanti ea res est* im *pr.* aufgenommen ist, unwiderleglich hervorgeht. Schwerlich würde Huschke auf eine so künstliche Interpretation unserer Stelle verfallen sein, wenn er nicht als gründlicher Kenner des Interdiktenverfahrens die Unmöglichkeit eingesehen hätte, dem *pr.*, wie es uns vorliegt, bei richtiger Verbindung der Sätze eine Stelle im alten Edikte einzuräumen. Nur durch die Erkenntniss, dass wir es mit einem nicht eben besonders geschickten Machwerke der Compilatoren, wie sie das 43. Buch noch mehrfach aufweisen kann, zu thun haben, werden alle Schwierigkeiten in befriedigender Weise gelöst.

Officin der Verlagshandlung.

III.

Zur Lehre von den Bereicherungsklagen.

Von

Dr. **Hermann Witte,**
Privatdocenten in Berlin.

Gegenüber einer Praxis, die sich bei dem Mangel einer festen Theorie gewöhnt hatte, stets dann, wenn Jemand einen Gewinn gemacht hat, der auf den Verlust eines Andern zurückgeführt werden kann, als letztes Mittel eine Bereicherungsklage für zulässig zu erachten, habe ich in meiner Schrift „Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859" nachzuweisen gesucht, daß die Sentenz: aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem nicht als unmittelbar praktischer Rechtssatz angesehen werden könne. Es sei vielmehr der in derselben ausgesprochene Gedanke nur als Motiv bei der Bildung nicht weniger Rechtssätze von Einfluß gewesen, er dürfe deßhalb auch nur zur Erläuterung positiver Rechtsbestimmungen herangezogen werden. Zur Feststellung des geltenden Rechts habe ich dann den Versuch gemacht, alle möglichen Combinationen, wie Jemand aus dem Vermögen eines Anderen einen Gewinn machen kann, ohne daß über seine Verpflichtungen ein bindender Vertrag Bestimmungen trifft, zu beleuchten und zu untersuchen, in welchen Fällen

eine Klage für den Verlierenden begründet sei. Die Aufgabe war dann, die Voraussetzungen der Klage genau anzugeben und den Gegenstand derselben zu bestimmen. Alle derartigen Klagen kann man in gewissem Sinne Bereicherungsklagen nennen, insofern sie ohne eine, wenn auch vorübergehende Bereicherung auf Seiten des Verklagten nicht entstehen können, und gerade durch diese Bereicherung, die unter den gegebenen Verhältnissen zur Restitution verpflichtet, in das Leben gerufen werden. Doch pflegt man als Bereicherungsklagen im engeren Sinne nur diejenigen Klagen zu bezeichnen, die eine noch gegenwärtige Bereicherung auf Seiten des Verklagten voraussetzen und gerade auf Herausgabe des vorhandenen Gewinnes gerichtet sind. In diesem letzten Sinne mußte einer Reihe von Klagen, die man häufig zu den Bereicherungsklagen rechnet, dieser Charakter abgesprochen werden, und es ergab sich, daß nur in wenigen bestimmt begrenzten Fällen eine vorhandene Bereicherung als solche eine Klage auf Herausgabe derselben hervorruft.

Im vierten Bande dieser Jahrbücher S. 159—320 hat nun aber Dr. Jacobi eine Abhandlung über den Rechtsbegriff der Bereicherung veröffentlicht, in welcher er die Annahme von Bereicherungsklagen überhaupt als unhaltbar darstellt. Er leugnet durchaus, daß jemals die Bereicherung aus dem Vermögen eines Andern den Grund zu einer Klage abgeben könne.

Meines Erachtens sind die dafür beigebrachten Gründe nicht stichhaltig und führen zu einer den Quellen wenig entsprechenden Construction der einzelnen Rechtsverhältnisse. Die Aufgabe des vorliegenden Aufsatzes ist es, die bisherige Theorie, welche zwar darin häufig irrte, daß sie mit Gewährung einer Bereicherungsklage zu freigebig war, nicht aber darin, daß sie die Existenz von Bereicherungsklagen überhaupt an-

nahm, gegen die Angriffe Jacobi's zu vertheidigen. In diesem Sinne möge es aufgefaßt werden, wenn ich Jacobi gegenüber die Rechtfertigung meiner Schrift in diesen Blättern versuche. Es sollen dabei zunächst die Einwendungen gegen die Annahme von Bereicherungsklagen überhaupt untersucht, und sodann die Constructionen, welche Jacobi an die Stelle der Bereicherungsklagen setzen will, einer Kritik unterworfen werden.

Als Grundlage diene eine kurze Zusammenstellung der Resultate, zu denen ich rücksichtlich der hier interessirenden Fragen in der citirten Schrift gelangt bin.

I. Hat Jemand in eigener Person die Bereicherung eines Anderen aus seinem Vermögen vermittelt, so kann dies

A. ohne contraktliche Einigung der beiden Parteien geschehen sein. Es liegt dann entweder eine beabsichtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor oder es ist die Bereicherung eine nothwendige Folge von Verwendungen, die man im Irrthum über das Eigenthum auf eine fremde Sache gemacht hat. Diesem Falle ist es gleichzustellen, wenn ein Eigenthümer seiner Sache dadurch beraubt wird, daß er sie mit einem fremden Gegenstande in eine Verbindung bringt, die iure accessionis einen Eigenthumswechsel herbeiführt.

1) Die negotiorum gestio begründet eine Klage, sofern sie als utilis angesehen werden kann. Auf die gegenwärtige Bereicherung des dominus kommt es nicht an, nur läßt jede positive Vermehrung seines Vermögens die gestio insoweit als utilis erscheinen. Zur juristischen Construktion der Klage wird auf eine im eigenen Interesse des dominus gesetzlich anerkannte Verpflichtung zur Ratihabition der gestio utilis Bezug genommen. Voraussetzung ist aber auf Seiten des

gestor die contemplatio domini, die Absicht, durch die Auslagen einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn zu erwerben. Nur bei dem bonae fidei possessor hereditatis ist in dieser Beziehung eine Ausnahme anerkannt. Die Bestimmung des SC. Juventianum, welche dem Besitzer der Erbschaft jeden aus derselben erlangten Vortheil entzieht und ihn als unfreiwilligen negotiorum gestor des Erben erscheinen läßt, sofern dies im Interesse der Erbschaft liegt, macht es nothwendig, daß er auch vor allem Nachtheil möglichst sicher gestellt werde. Hat er deßhalb im Glauben, Erbe zu sein, eine dem wahren Erben obliegende Pflicht erfüllt und diesen dadurch von einer Schuld befreit, so wird ihm trotz seines Irrthums zur Zeit der Handlung eine actio negotiorum gestorum gegeben (§§ 2—4).

2) Derjenige, welcher durch Verwendungen auf eine fremde Sache, die nicht als Auslagen bei einer negotiorum gestio angesehen werden können, einen Verlust erleidet, sowie der iure accessionis durch eigene Handlungen benachtheiligte Eigenthümer hat auf Grund dieser Thatsache keine Klage. Nur ein durch exceptio doli geschütztes Retentionsrecht wird ihm zugestanden, wenn der bereicherte Eigenthümer sein Eigenthum geltend macht, ohne auf den erhöhten Werth der fraglichen Sache Rücksicht zu nehmen. Das Princip, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern solle, hat hier also nicht bis zur Gewährung einer Klage geführt, sondern läßt nur eine Selbsthülfe in gewissen Grenzen als gerechtfertigt erscheinen, wobei dann die bona oder mala fides des Verlierenden von wesentlichem Einfluß ist (§ 1).

B. Die Bereicherung Jemandes, welche der Verlierende selbst vermittelt hat, kann aber auch durch ein Rechtsgeschäft der beiden Parteien herbeigeführt sein. Von einem Geschäft, welches die Begründung eines obligatorischen Verhältnisses zum Zweck hat, ist nicht die Rede. Denn wo ein solches vorliegt, können die gegenseitigen Verpflichtungen nur nach den Grundsätzen, welche für Verträge des betreffenden Inhalts aufgestellt sind, beurtheilt werden. Das Geschäft muß auch zu einer unmittelbaren Bereicherung des Gewinnenden geführt haben. Ohne dies hat der Verlierende seinem Contrahenten nur die Gelegenheit gegeben, sich durch eigene Handlungen (Verzehren, Veräußern eines fremden Gegenstandes) zu bereichern, kann aber nicht selbst als Quelle der Bereicherung angesehen werden. Es handelt sich also um die Klagen auf Rückerstattung der ohne Abschluß eines obligatorischen Vertrages gemachten Zuwendungen, um die condictiones datorum. Es ist dies das Gebiet, in welchem der Satz zur Anwendung kommt: quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Der Gegenstand, welcher sine causa aus dem Vermögen des Einen in das des Andern übergegangen ist, kann zurückgefordert werden. In der Regel muß aber der Wille des Uebertragenden, die Dispositionsfähigkeit desselben vorausgesetzt, als genügende causa angesehen werden. Nur unter besonderen Voraussetzungen wird in demselben eine ausreichende causa nicht gefunden. Zunächst, weil das Recht den Willen als unsittlich reprobirt. So ergeben sich die Fälle der condictiones ob iniustam causam, von denen die condictio ob turpem causam eine species ist (§ 6). Sodann, weil bei einer freien Interpretation des Willens der thatsäch-

liche Zustand als im Widerspruch mit demselben erscheint, da die mit der Vermögensübertragung verfolgte Absicht nicht erreicht ist, die Leistung nicht die Bestimmung erfüllt, die ihr von dem Urheber gegeben war. Dieser Gedanke liegt den condictiones sine causa zu Grunde, zu denen als Unterarten die condictio indebiti und die condictio causa data causa non secuta gehören (§ 8). Die Berücksichtigung des Zweckes der in rechtsgültiger Form ausgeführten Handlungen wird als Resultat der aequitas bezeichnet, die condictiones sine causa werden auf das bonum et aequum zurückgeführt. Deßhalb wird in ausgedehntem Maße darauf Rücksicht genommen, ob nicht die Zulassung einer Rückforderung der Leistung vom Standpunkte des Empfängers eine Unbilligkeit enthalte. So fällt die Rückforderung demjenigen gegenüber fort, qui suum recepit, wobei auch naturales obligationes berücksichtigt werden (§§ 9—11), so wird die condictio indebiti versagt, wenn die Durchführung derselben eine Anstandspflicht verletzen würde (§ 11), so kann die Vereitelung des beabsichtigten Zweckes nur dann geltend gemacht werden, wenn der Empfänger der Leistung mit der Bestimmung denselben bekannt sein konnte, nicht aber, wenn er mit gutem Grunde eine Schenkung zu empfangen glaubte (§ 12), so endlich wird zur Begründung der condictio indebiti der Beweis eines entschuldbaren Irrthums verlangt, weil der Empfänger einer Zahlung sich mit Recht auf die Prüfung des Schuldverhältnisses durch den Zahlenden verlassen kann und nicht durch dessen Leichtsinn in die Lage versetzt werden darf, nachträglich eine erhaltene und vielleicht längst consumirte Summe zurückzahlen zu müssen (§ 13). Ist aber hiernach eine Klage begründet, so wird der Gegenstand nicht

durch die Bereicherung des Verklagten zur Zeit der Klaganstellung bestimmt. Sobald etwas sine causa in das Vermögen Jemandes gekommen ist, entsteht für ihn die Verpflichtung zur Restitution, über deren Wegfall nur allgemeine Grundsätze entscheiden können. Dabei ist wie immer ein Unterschied zu machen, je nachdem der Gegenstand der Forderung eine species oder ein genus ist, auch ist die bona resp. mala fides des Verklagten insofern von Bedeutung, als bei Verpflichtungen zur Leistung einer species eigene Handlungen des debitor nur dann befreiend wirken können, wenn sie bona fide vorgenommen sind (§§ 20—22).

II. Die Bereicherung zum Nachtheil eines Anderen kann aber auch durch einen Dritten vermittelt werden. Es gelten dabei verschiedene Grundsätze, jenachdem der Dritte die Mittel durch ein Rechtsgeschäft oder durch ein Delikt erworben hat. Vorausgesetzt wird, daß der Dritte nicht in Folge eines Auftrages oder eines Amtes als Stellvertreter des Gewinnenden bei Abschluß des Geschäftes oder Vornahme des Deliktes erscheine, da sonst jener als selbst handelnd anzusehen ist. Auch muß der Dritte unmittelbar eine Bereicherung des Gewinnenden herbeigeführt, nicht nur die Gelegenheit zu einer Bereicherung durch eigene Handlungen gegeben haben, da sonst nicht von einer Bereicherung durch den Dritten gesprochen werden kann.

A. Im ersten Falle, wenn die Mittelsperson das Vermögensobjekt, durch das oder aus dessen Erlös Jemand zum Nachtheil eines Anderen bereichert wird, durch ein Rechtsgeschäft erworben hat, steht dem Verlierenden keine Klage gegen den Gewinnenden zu. Es fehlt zwischen ihnen an einem die Klage begründenden negotium. Davon, daß ein Vermögensbestandtheil des Einen sine

causa bei dem Anderen sich vorfinde, kann nicht die Rede sein, da die Handlung der Mittelsperson hinreichende causa für das Verbleiben der Leistung bei dem Empfänger ist. Die Bereicherung endlich hat nicht unter solchen Umständen stattgefunden, daß auf Grund derselben die Gewährung einer Klage als gerechtfertigt erschiene, da auch der Empfänger auf billige Rücksicht Anspruch machen kann und fordern darf, das ihm dasjenige, was er rechtlich erworben, nicht von einem Dritten, zu dem er in gar keinem Verhältniß steht, wieder entzogen werde. Der Verlierende hat sich ausschließlich an seinen Contrahenten zu halten. Eine Ausnahme macht nur die actio de in rem verso. Es ist dies die Klage, welche dem mit einem Gewaltunterworfenen Contrahirenden gegen den Gewalthaber dann zusteht, wenn der Gewaltunterworfene das durch das Geschäft Erhaltene in einer Weise im Interesse des Gewalthabers verwendet hat, die ihm eine actio negotiorum gestorum contraria sichern würde, wenn er als freie Person gehandelt hätte. Die Klage ist die Geschäftsklage. Sie geht gegen den Gewalthaber auf Herausgabe dessen, was er einem freien negotiorum gestor in Folge der actio negotiorum gestorum contraria leisten müßte. Sie ist ein Ersatz dafür, daß die gewaltunterworfene Person ihrem Gläubiger eine actio negotiorum gestorum nicht cediren kann, eine solche also auch nicht als eventuelles Executionsmittel dem Contrahenten zu Gebote steht. Bei der weiteren Ausbildung der actio quasi institoria und der Lehre von der fingirten Cession wurde diese actio de in rem verso auch demjenigen gegeben, der mit einem als negotiorum gestor eines Dritten Auftretenden contrahirt hat, sofern in der That das Objekt des Ge-

schäfts im Interesse des Dritten durch negotiorum gestio verwendet ist (§§ 33—35).

B. Hat die Mittelsperson den Gegenstand, den sie zur Bereicherung Jemandes verwendet, durch ein Delikt erworben, so fehlt gleichfalls dem Verlierenden in der Regel eine Klage gegen den Bereicherten, und zwar aus denselben Gründen, die bei dem soeben besprochenen Falle ausgeführt sind. Eine Ausnahme macht hier nur kraft positiver Bestimmung das Delikt des Zwanges. Mit der actio quod metus causa wird ein Jeder, der in Folge der Gewaltthat einen Vortheil gehabt hat, zur Restitution desselben genöthigt. Ferner soll wegen des besonderen Verhältnisses des Delinquenten zu dem Bereicherten der Gewinn herausgegeben werden, welcher in Folge des Delikts eines durch Amt oder Auftrag bestellten Vertreters oder durch eine gewaltunterworfene Person gemacht wird. Das Objekt dieser auf aequitas zurückgeführten Klage wird durch die Bereicherung zur Zeit der Klaganstellung gegeben (§ 36).

III. Mannigfacher gestalten sich die Fälle, in denen der Gewinnende durch eigene Handlungen die Bereicherung herbeiführen kann. Erlangt man den Besitz einer fremden Sache, ohne Eigenthümer derselben zu werden, so ist man noch nicht bereichert, da die Sache nicht zu dem eigenen Vermögen gehört, vielmehr mit der Vindikation wieder abgefordert werden kann. Damit eine Bereicherung vorliege, bedarf es noch eines Aktes, welcher wirklich eine Veränderung in den Vermögensverhältnissen begründet, sei dies nun eine Veräußerung gegen ein dem Veräußernden zufallendes pretium oder ein Verzehren, Specificiren u. s. w. Zur Beantwortung der Frage, ob eine solche Bereicherung herauszugeben sei, muß unterschieden werden, in wel-

cher Weise der Gewinnende in den Besitz der Sache gekommen ist.

A. Hat Jemand den Besitz einer Sache auf Grund eines Geschäftes mit dem Eigenthümer selbst erhalten, ist aber das Eigenthum deßhalb nicht auf ihn übergegangen, weil der Tradent zur Veräußerung nicht befähigt war, so treten nachträglich mit der Consumtion der erhaltenen Gegenstände die Folgen ein, welche sich unter Voraussetzung des Eigenthumsüberganges sofort an das Geschäft angeschlossen haben würden. Namentlich ist nunmehr der animus, mit welchem der Empfänger die Leistung angenommen hat, maßgebend für seine Behandlung. So entsteht eine Darlehnsschuld für denjenigen, der von einem Pupillen Geld als Darlehen angenommen hat, sobald dies durch Consumtion der Vindikation entzogen ist, und wird der Pupill, der seine Schuld berichtigen wollte, nach der Verzehrung von seiner Verbindlichkeit befreit. Mala fides auf Seiten des Empfängers begründet daneben eine actio ad exhibendum. In gleicher Weise entscheidet die Absicht des Empfängers, wenn wegen eines Irrthums ein gültiges Geschäft nicht zu Stande kommt. Wer etwas in Empfang nahm, um sich dadurch zu verpflichten, der kann sich der Verbindlichkeit nicht entziehen, wenn ihm der erwartete Vortheil aus dem Geschäft wirklich zugeflossen ist. Hat er aber ohne seine Schuld irrthümlich eine Schenkung in Empfang zu nehmen geglaubt, so ist er nach Wegfall der Vindikation einer Klage nicht mehr ausgesetzt.

Die Bestimmung, daß ein Ehegatte auch den durch Umsatz der geschenkten Sache gezogenen Gewinn herauszugeben habe, ist ganz positiver Natur, und kann zur Aufstellung allgemeiner Regeln nicht benutzt werden (§ 37).

B. Ist der Besitz einer fremden Sache durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten erworben, so ist für den Eigenthümer nach Wegfall der Vindikation keine Klage begründet. Gegen die Zulassung einer Bereicherungsklage spricht die billige Rücksicht auf den Gewinnenden, der berechtigt war, die erworbene Sache als sein Eigenthum anzusehen und ohne Gefahr einer Ersatzverbindlichkeit darüber zu verfügen. Dolose Verwerthung einer fremden Sache gilt als furtum und begründet die Diebstahlsklage. Als eine solche ist auch die condictio fructuum gegen den malae fidei possessor einer fruchttragenden Sache anzusehen. Wenn jedoch die fremde Sache noch in natura vorhanden ist, aber als integrirender Theil einer anderen nicht vindicirt werden kann, so hat der Eigenthümer, sofern er nicht selbst die Verbindung herbeigeführt hat, gegen jeden Besitzer der Hauptsache als Ersatz für die Vindikation eine utilis in rem actio, die später auch als in factum actio bezeichnet wurde (§ 38 und 39).

C. Hat der Gewinnende den Besitz der Sache durch eigene Handlungen ohne Mitwirkung des Eigenthümers oder eines Dritten erworben, so ist ein Unterschied zu machen, jenachdem sich die Handlung als Delikt oder als Handlung bona fide charakterisirt.

1) Jeder in Folge eines Deliktes gemachte Gewinn ist herauszugeben. Auf die Fortdauer der Bereicherung kommt es dabei nicht an. Auch gegen die Erben des Delinquenten sind die reipersekutorischen Deliktsklagen keine Bereicherungsklagen im engeren Sinne. Es genügt, wenn überhaupt einmal durch das Delikt die Erbschaft vergrößert gewesen ist, mag dieser Vortheil auch nachträglich wieder verloren sein (§ 40).

2) Hat Jemand ohne Mitwirkung des Eigenthümers oder eines Dritten bona fide den Besitz einer fremden Sache erlangt, so muß ein titulus putativus vorliegen. In einem solchen Falle sprechen die Umstände entschieden zu Gunsten des Verlierenden. Eine allseitige Erwägung des Verhältnisses läßt eine Klage auf Herausgabe des aus der fremden Sache gezogenen Gewinnes als gerechtfertigt erscheinen. Der Bereicherte kann sich zur Begründung der bona fides nur auf seinen Irrthum berufen, der ihm ein Anrecht auf den erzielten Vortheil nicht zu begründen im Stande ist. Gegen den aus einer titulo putativo besessenen Sache Bereicherten ist deßhalb dem verlierenden Eigenthümer eine subsidiäre Klage gewährt, wenn er ohne dieselbe wegen des Wegfalls der Vindikation ohne Rechtsschutz sein würde. Auf den Verklagten wird insofern Rücksicht genommen, als er nur den gegenwärtigen Gewinn herauszugeben braucht, vor einem positiven Schaden also gesichert ist. Die Klage ist danach eine Bereicherungsklage im engeren Sinne. Rechtsgeschichtlich erscheint sie als eine weitere Durchführung des zunächst für den possessor hereditatis durch das SC. Juventianum aufgestellten Princips (§ 41).

IV. Dasselbe gilt endlich, wenn ohne alles Zuthun des Verlierenden, eines Dritten oder des Gewinnenden Jemand durch Zufall, z. B. durch Naturereignisse, einen Gewinn mit dem Schaden eines Anderen macht. Auch hier kann das Princip, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern soll, rein zur Anwendung kommen, da der Gewinnende seinerseits nichts, was zur Versagung einer Klage führen könnte, für sich anzuführen vermag. Es

ist deßhalb dem Verlierenden in einem solchen Falle eine Bereicherungsklage gewährt (§ 42).

Daß Personen, welche sich zu verpflichten unfähig sind, auch aus Contraktsverhältnissen nur so weit haften, als sie thatsächlich zur Zeit der Klaganstellung bereichert sind, ist bekannt. Gegen sie sind vor Allen wahre Bereicherungsklagen begründet. Auch die Klagen, welche ohne Vertrag durch den Uebergang eines Vermögenswerthes aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen hervorgerufen werden, sind gegen Verpflichtungsunfähige stets auf die vorhandene Bereicherung beschränkt, auch wenn sie gegen andere Pesonen einen weiteren Umfang haben sollten.

Gegen diese Ausführung wendet Jacobi zunächst ein, daß auch durch sie, wie dies allgemein geschieht, die Bereicherungsklagen auf aequitas, Billigkeit, zurückgeführt würden, während doch die Billigkeit ein für das Recht ganz unbrauchbarer Begriff sei (S. 162 ff., 172 ff.).

Daß bei der Begründung der Bereicherungsklagen auf Billigkeit unter aequitas nicht die Normen verstanden sind, die der Beurtheilende in jedem einzelnen konkreten Falle den Geboten der Moral oder des Christenthums entnimmt, so daß die billige Beurtheilung einen Gegensatz bildet zur rechtlichen, scheint einer Ausführung nicht zu bedürfen. Denn wenn die Zulassung einer Bereicherungsklage von ganz bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, so wird damit ein Rechtssatz constatirt und das subjective Ermessen des Richters, ob er im einzelnen Falle einen Anspruch als moralisch gerechtfertigt anerkennen wolle oder nicht, vollständig ausgeschlossen. Von jener Billigkeit kann man allerdings sagen, sie habe für das Recht keine Bedeutung und könne nicht der Inhalt auch nur eines einzigen Rechtssatzes werden, da sie ja ihrem Begriffe nach einen Gegensatz zum Recht vor-

aussetzt. Das römische Recht kennt aber eine aequitas, die für die Entwickelung desselben von der durchgreifendsten Bedeutung gewesen ist und unendlich viele Rechtssätze in's Leben gerufen hat. Sie ist der Inbegriff der Normen, welche sich bei der Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses nach inneren, materiellen Momenten ergeben, welche hervorgehen aus der Ermittelung der Natur der Sache, dessen, was bei allseitiger, von den Fesseln einer nationalen Anschauung gelöster, rechtlicher Erwägung als angemessen und zweckmäßig erscheint. Sie ist der Gegensatz gegen das ius strictum, nach welchem die Form entscheidet, selbst wenn das Resultat dem Willen der Parteien nicht entsprechen sollte, nach welchem wenige allgemeine Abstraktionen durchgreifen, ohne daß auf die subjektive Verschiedenheit der einzelnen Fälle Rücksicht genommen wird, nach welchem, abgesehen von einzelnen bestimmt hervorgehobenen Deliktsobligationen, Verpflichtungen nur entstehen können, wenn sie in der vorgeschriebenen Form ausdrücklich übernommen werden. Dieser Gegensatz in der Entwickelung des römischen Rechts ist so unzweifelhaft, er kehrt so unendlich häufig wieder, seine Wirkungen sind so handgreiflich und in die Augen fallend, daß es in der That überflüssig ist, bei demselben länger zu verweilen. Daß er Jacobi entgangen sein sollte, ist undenkbar. Was aber soll es dann heißen, wenn Jacobi S. 175 N. 21 a. E. behauptet, es sei durchaus unlogisch und unzulässig, die aequitas zum besonderen Charakter und unterscheidenden Merkmale eines einzelnen Rechtsinstitutes oder Klagerechts stempeln zu wollen, oder wenn er S. 176 folgert: „Hiernach enthält nun die Begründung der Bereicherungsklagen auf die aequitas (alias Billigkeit) ganz im Allgemeinen nichts Anderes als die Behauptung: die Aufhebung der Bereicherung des **A** aus dem Vermögen des **B** sei abgesehen von allen beson-

deren Verhältnissen, also unter allen Umständen, angemessen und consequent", ein Satz, welcher, wie Jacobi hinzufügt, wohl kaum der ihm von Savigny zu Theil gewordenen Widerlegung bedürfte?

Daß aber gerade die Bereicherungsklagen im weiteren Sinne des Wortes auf die aequitas, auf das bonum et aequum zurückgeführt werden, ist so häufig in den Quellen bezeugt, daß man, um dies zu leugnen, jedenfalls auf Uebereinstimmung mit den Gesetzen verzichten muß [1]). Wenn trotzdem einzelne Klagen, wie namentlich die condictiones datorum, stricti iuris sind, so erklärt sich dies aus ihrem geschichtlichen Zusammenhange mit den streng einseitigen Klagen des älteren Civilrechts. Nachdem einmal der als bonum et aequum charakterisirte Gedanke, daß bei einer Leistung nicht nur auf den unmittelbar bethätigten Willen, sondern auch auf den beabsichtigten Erfolg gesehen werden müsse, rechtliche Anerkennung erlangt hatte, bedurfte der streng einseitige Anspruch, welchen man für begründet erachtete, wenn der Zweck der Leistung nicht erreicht wurde, einer geeigneten Klageform. Denkt man daran, daß die Zahlung einer nicht geschuldeten Geldsumme muthmaßlich die erste Veranlassung zu einer Rückforderungsklage abgegeben habe, so kann es nicht als wunderbar erscheinen, wenn die Wissenschaft an die condictio ex mutuo anknüpfte. Es wurde ja mit dieser Klage genau dasselbe Resultat erstrebt, welches man auch bei der Zahlung einer Nichtschuld herbeizuführen wünschte. So schlossen sich die Klagen auf Zurückgabe einer Leistung, die ihre

1) Vergl. z. B. l. 1 de neg. gest. 3, 5. l. 32 de reb. cred. 12, 1. l. 65 § 4. l. 66 de cond. ind. 12, 6. l. 3 § 12 de pec. 15, 1. l. 10 § 24 quae in fraud. cred. 42, 8. l. 1 § 1 de doli mali exc. 44, 4. l. 5 pr. de oblig. et act. 44, 7 u. a. m.



Bestimmung nicht erfüllt, prozessualisch an die condictio ex mutuo an, in welchem Zusammenhange sie bekanntlich auch noch im Corpus iuris behandelt werden. Ihre Zurückführung auf aequitas blieb dennoch von der größten Bedeutung. Wegen dieses ihres Ursprungs schloß man sie aus, wenn die Gewährung eine ungerechtfertigte Härte gegen den Empfänger enthalten haben würde. Die aequitas erforderte eine allseitige Betrachtung des Verhältnisses auch vom Standpunkte des Empfängers. Dies führte zu einer Versagung der condictio, wenn der beabsichtigte Zweck dem Empfänger ohne seine Schuld so verborgen geblieben war, daß er eine Schenkung zu erhalten glauben konnte. Dies ließ eine obligatio naturalis, ja selbst eine Anstandspflicht auf Seiten des im Irrthum Leistenden Berücksichtigung finden, dies bewirkte, daß die Entschuldbarkeit des Irrthums nothwendige Voraussetzung des Klagerechts wurde.

Mit der Behauptung, die Bereicherungsklagen basirten auf aequitas, ist freilich ein praktisches Resultat für die Frage, wann die Bereicherung eine Klage erzeuge, nicht gewonnen. Der heutige Jurist steht dem mit ius respondendi ausgestatteten römischen iuris auctor keineswegs gleich. Er hat nicht die Aufgabe, ein formelles, der fortgeschrittenen Entwickelung nicht mehr entsprechendes Recht durch seinen juristischen Takt unmittelbar eingreifend fortzubilden. Er hat die Resultate festzustellen, welche durch die klassischen Juristen gewonnen und auf uns im Corpus iuris übertragen sind, er hat dieselben durch Erforschung des inneren Zusammenhangs geistig zu durchdringen und auf diese Weise zu reproduciren, er hat ihre etwaigen Modifikationen durch deutschrechtliche Elemente nachzuweisen, und endlich durch wissenschaftliche Darlegung dessen, was die veränderte Lebensgestaltung oder das tiefer erkannte Wesen der Sache verlangen, die nothwendigen Aen-

derungen des geltenden Rechts vorzubereiten. Deßhalb wird es stets der besonderen Untersuchung bedürfen, unter welchen Voraussetzungen das römische Recht annehme, die aequitas verlange eine Klage für den Verlierenden, unter welchen Voraussetzungen also nach positivem Recht eine Klage begründet sei. Denn der Inbegriff dessen, was als Gebot der aequitas rechtlich anerkannt ist, erscheint in gleicher Weise als Bestandtheil des positiven Rechts, wie die aus dem ius strictum entnommenen Grundsätze, nur ist es für das wissenschaftliche Verständniß von hoher Bedeutung, den Ursprung der geltenden Bestimmungen zu kennen. Bei dieser Untersuchung muß es sich dann weiter ergeben, in welchen Fällen eine Bereicherungsklage im engeren Sinne, eine Klage auf Herausgabe der gegenwärtigen Bereicherung, begründet ist, und in welchen die vorausgesetzten Umstände die Fortdauer einer Bereicherung als überflüssig erscheinen lassen.

Jacobi macht aber weiter geltend, daß eine Bereicherung nie den Grund einer Klage abgeben könne, weil sie rechtlich nur als negativer Begriff in Betracht komme. In einzelnen Fällen nämlich brauche Jemand das Recht eines Anderen nur so weit gegen sich gelten zu lassen, als ihm dasselbe unschädlich sei. Er werde nur dasjenige herauszugeben verpflichtet, was er ohne Verlust entbehren könne, wodurch er bereichert sei. Danach sei die Bereicherung nur eine „Unschädlichkeitstaxe", nie aber selbständiges Klagfundament (S. 182 ff.). Bereicherungsklagen seien auch vollständig überflüssig. Der Benachtheiligte werde vor Verlust hinreichend gesichert durch den dem Eigenthümer gewährten Rechtsschutz, sowie durch die in anderen Fällen zustehenden Geschäftsklagen, die actio negotiorum gestorum und die condictio datorum.

Auf die meines Erachtens falschen Deductionen über die

Eigenthumsklagen, sowie auf die quellenwidrigen Construktionen der actio negotiorum gestorum und der condictiones datorum soll weiter unten eingegangen werden. Zunächst ist die Unhaltbarkeit von Jacobi's Ausführung an einigen Beispielen darzuthun, bei denen von einer Beschränkung eines an sich weiter gehenden Anspruchs auch nicht mit einem Scheine von Recht gesprochen werden kann.

Daß gegen die Mündel, die juristischen Personen, die Auftraggeber, die Gewalthaber Klagen aus den Delikten der Vormünder, der Beamten, der Bevollmächtigten, der Gewaltunterworfenen nicht ipso iure begründet sind, wird nicht bestritten werden. Wenn nun dennoch der Gewinn, den eine der genannten Personen aus dem Delikte des Stellvertreters gezogen hat, mit einer Klage abgefordert werden kann, wie soll man dann die Bereicherung unter den Gesichtspunkt einer Unschädlichkeitstare bringen? Auf welches Recht kann sich der Verletzte berufen, wenn die ihm entzogene Sache von dem Delinquenten umgesetzt und der Erlös zum Vortheile des Mündels verwendet ist? Weder das Eigenthumsrecht kann ihn sichern, da in dem vorausgesetzten Falle seine Sache nie in die Hände des Bereicherten gekommen ist, noch liegt ein obligatorisches Recht vor, welches im Interesse des Verklagten auf die Bereicherung beschränkt werden müßte. Das einzige Fundament für die Klage ist die Bereicherung, welche unter Umständen stattgefunden hat, die eine Restitutionsverbindlichkeit rechtfertigen. Es ist dies auch die deutlich ausgesprochene Anschauung der Quellen. So heißt es in l. 3 § 1 de trib. act. 14, 4, einer Stelle, die seltsamer Weise auch Jacobi S. 186 zur Bestätigung seiner Ansicht anführt:

dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucro-

sum esse debere, et ideo hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit.

Ferner in l. 3 quando ex facto tut. 26, 9:

Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet.

und in l. 3 § 12 de peculio 15, 1:

Et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam. Idem Labeo probat: quia iniquissimum est, ex furto servi dominum locupletari impune.

Nicht minder beweisend für die Behauptung, daß unter Umständen die Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen einen positiven Klagegrund abgebe, sind die Klagen, welche auf Herausgabe der Bereicherung gegen Personen gestattet werden, die sich durch Verträge nicht verpflichten können. Auch hier ist von einem Klagerecht, das nur zu Gunsten des Verklagten nach einer Unschädlichkeitstare beschränkt würde, nicht die Rede. Begründete nicht die Bereicherung selbst die Nothwendigkeit der Restitution, so könnte der Bereicherte überhaupt nicht belangt werden. Aus den zahlreichen Stellen, welche dies beweisen, möge nur § 1 J. quib. mod. re contr. 3, 15 herausgegriffen werden:

Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione.

Dagegen heißt es in l. 46 de oblig. et act. 44, 7:

Furiosus et pupillus ubi ex re actio venit obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate

und so bezeugt l. 5 pr. de auctor. tut. 26, 8:

naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori,

verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam, D. Pius rescripsit.

Gerade für diese Verpflichtung der Pupillen, die Bereicherung herauszugeben, wird als Grund in l. 14 de cond. ind. 12, 6 angeführt:

Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

Schließlich mögen noch die Bestimmungen über die exceptio doli, durch welche Ersatz der auf eine fremde Sache gemachten Impensen verlangt werden kann, Erwähnung finden. Es heißt von ihr in l. 48 de rei vind. 6, 1:

verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur,

während in l. 1 § 1 de doli mali except. 44, 4 diese exceptio dahin erläutert wird:

Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Es wird also auch hier eine auf naturalis aequitas zurückgeführte Verpflichtung, die nützlichen Impensen zu ersetzen, den durch fremden Schaden erlangten Vortheil herauszugeben, anerkannt, während doch offenbar an einen Verpflichtungsgrund unabhängig von der Bereicherung nicht zu denken ist. Daß in diesem Falle die aequitas nicht eine selbständige Klage in's Leben gerufen hat, sondern nur zur Versagung des Rechtsschutzes führt, wenn das formelle Recht zur Verletzung des gebilligten Anspruches benutzt werden soll, ist für die Frage nach der Bedeutung der Bereicherung gleichgültig.

Wenig Sätze sind hiernach mit gleicher Bestimmtheit in den Quellen bezeugt, wie der behauptete, daß die Bereicherung auf fremde Kosten unter Umständen einen Anspruch für den Verlierenden begründe. Ein Streit über die Natur dieses

Anspruches ist von wenig Erheblichkeit. Er läßt sich eben nur als ein Anspruch ex re charakterisiren, der durch das positive Recht unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt ist. Die Zurückführung auf einen dolus des Bereicherten ist verkehrt. Erst dann kann in der Verweigerung einer Leistung ein dolus gefunden werden, wenn die Pflicht zur Vornahme denselben bereits feststeht. Nur in diesem Sinne wird in den Quellen mehrfach darauf hingedeutet, daß derjenige dolos handle, welcher die Herausgabe eines ungerechtfertigten Gewinnes verweigere. Es wird dann von der Voraussetzung ausgegangen, daß im gegebenen Falle der Bereicherte den Vortheil nicht behalten dürfe. So z. B. in l. 1 § 47 depos. 16, 3, l. 17 § 4 de instit. act. 14, 3 u. a. m.

Daß in einzelnen Fällen eine ursprünglich weiter gehende Klage aus Billigkeitsrücksichten für den Verklagten beschränkt werden könne auf das wirklich an ihn Gekommene, resp. auf die Bereicherung zur Zeit der Klageanstellung, damit er nicht einen ungerechtfertigten Schaden erleide, ist richtig. So kann z. B. mit den reipersekutorischen Deliktsklagen von den Erben des Delinquenten nur dasjenige eingeklagt werden, quod ad eos pervenit. Es soll dadurch verhindert werden, daß die Klage gegen sie einen pönalen Charakter annehme, wenn sie nämlich zum Ersatz eines dem Erblasser durch das Delikt zugeflossenen Vortheils verpflichtet würden, von dem nichts auf sie gediehen ist. Dies ändert aber das Resultat nicht, wonach in anderen Fällen die Bereicherung einen selbständigen Klagegrund abgiebt.

Untersuchen wir nunmehr die Gründe, aus denen Jacobi die Bereicherungsklagen für überflüssig erklärt. Zunächst soll der Eigenthümer, welcher dadurch einen Verlust erlitten hat, daß seine Sache den Gewinn eines Anderen vermittelt hat, bereits durch den dem Eigenthümer als solchen gewährten

Rechtsschutz gegen allen Nachtheil gesichert sein. Denn wenn auch das römische Recht eine Vindikation in der Regel nur dann als begründet erscheinen lasse, wenn das Eigenthumsrecht an einer Sache durch den Besitz eines Anderen verletzt sei, so müsse doch eine Eigenthumsklage auch in Fällen, in denen der Verklagte nicht mehr besitze, zugestanden werden. Auf den Namen, welchen die Römer einer Klage beigelegt hätten, komme nichts an. Die fortgeschrittene Theorie habe anzuerkennen, daß dasselbe Recht nur eine Klage begründen könne, möchten auch die Veranlassungen zu derselben noch so verschieden sein. So sei auch eine Eigenthumsklage gerechtfertigt, wenn zwar die Sache selbst nicht mehr beansprucht werden könne, weil sie untergegangen oder weil das Eigenthum, etwa durch Usucapion, weggefallen sei, sofern nur ein Dritter aus der Sache irgend einen Vortheil gezogen habe (S. 189). Das Eigenthumsrecht könne durch willkürliche Handlungen Dritter überhaupt nicht geschmälert werden. Der Berechtigte habe deßhalb das, was ihm zukomme, erst dann, wenn jeder aus der Sache durch Verbrauch, Genuß oder Veräußerung gezogene Vortheil ihm herausgegeben oder vergütet sei (S. 233). Die Ansprüche aus dem Eigenthumsrecht müßten noch übrig bleiben, nachdem die res gänzlich oder ihrer Selbständigkeit nach untergegangen sei (S. 244). Dies werde auch durch das SC. Juventianum bei der Erbschaftsklage anerkannt, müsse aber in gleicher Weise gelten, wenn es sich um eine einzelne Sache handle, da das Eigenthum an einer solchen denselben Schutz verlange, wie das Eigenthum an einer universitas, der Schutz aber ein sehr prekärer sein würde, wenn er von der facultas restituendi auf Seiten des Verklagten abhängig gemacht werde (S. 234).

Abgesehen von der Verwischung des Unterschiedes zwischen den actiones in rem und in personam, die mir ein

sehr zweifelhafter Gewinn der fortgeschrittenen Wissenschaft zu sein scheint, ist zunächst zu constatiren, daß eine consequente Durchführung dieser Sätze Resultate ergiebt, vor denen selbst die in Gewährung von Bereicherungsklagen schrankenloseste Praxis zurückschrecken würde. Wenige Worte werden dies beweisen. Die hereditatis petitio ist bekanntlich nur begründet gegen den pro herede oder pro possessore possidens, also gegen Jemanden, der entweder auf Grund eines putativen Titels oder ohne allen Titel Erbschaftsgegenstände in Händen hat. Nur gegen einen solchen soll nach dem Sc. Juventianum die hereditatis petitio unter gewissen Beschränkungen fortdauern, auch wenn er die Erbschaftsgegenstände nicht mehr in natura besitzt. Will man aber in gleicher Weise die Eigenthumsklage ohne Rücksicht auf den Besitz des Verklagten gewähren, so muß man natürlich die Art und Weise, wie derselbe den früheren Besitz erlangt hatte, unbeachtet lassen. Denn bei der Vindikation kommt es auf den Erwerbsgrund des Verklagten nicht an. Sie ist gleichermaßen gegen Jeden zulässig, der eine fremde Sache besitzt, mag er sie gestohlen, gefunden, gekauft, durch Schenkung oder sonst auf irgend eine Weise erworben haben. Wäre deßhalb die Eigenthumsklage auch dann noch zulässig, wenn der Besitzer die Sache wieder verloren hat, so müßte ein Jeder mit einer solchen belangt werden können, der einmal auf Grund irgend eines Titels eine fremde Sache in Händen gehabt und aus derselben in irgend einer Weise einen Vortheil gezogen hat. Daß er durch diesen Vortheil noch gegenwärtig bereichert sei, würde sicher nicht zum Klagegrunde gehören. Denn wenn die Eigenthumsklage an sich auf Herausgabe eines jeden Nutzens, den die Sache gewährt hat, gerichtet ist, so kann die Beschränkung auf die zur Zeit der Klage noch vorhandene Bereicherung, wie Jacobi S. 185 richtig ausführt, nur auf einer dem Rechte

fremden, äußeren Veranlassung beruhen. Wollte man deßhalb auch bei bona fides des früheren Besitzers Jacobi's Unschädlichkeitsprincip zu Hülfe nehmen, so müßte man doch zunächst eine Eigenthumsklage gegen Jeden für begründet erachten, der früher einmal eine fremde Sache besessen und mit Gewinn veräußert oder verzehrt hat. Der Verklagte würde nur durch den Beweis, daß er bona fide gehandelt habe und nicht als bereichert angesehen werden könne, etwa weil von ihm bei Erwerbung der Sache ein dem erhaltenen Kaufpreis entsprechender Werth verausgabt oder weil der Gewinn ohne dauernde Bereicherung wieder verloren gegangen sei, den Kläger zurückzuweisen vermögen. Ob die Sache noch in vindicirbarer Weise bei einem Dritten vorhanden sei, würde auf die Statthaftigkeit der Klage keinen Einfluß ausüben können. Denn die Thatsache, daß Jemand aus einer fremden Sache einen Gewinn gezogen hat, würde durch die Existenz derselben nicht geändert werden. Der Hinweis darauf, daß der Gewinn nicht sicher sei, so lange noch eine Regreßklage wegen Eviktion angestellt werden könne, würde höchstens die Forderung einer Cautionsstellung dafür, daß das Eigenthum nicht weiter verfolgt werden solle, rechtfertigen. Ja, es würde von diesem Standpunkte nichts gegen eine Klage einzuwenden sein, welche der frühere Eigenthümer gegen den Usucapienten auf Herausgabe des durch die Usucapion erlangten Vortheils anstellen wollte.

Diese Consequenzen werden allerdings von Jacobi nicht gezogen, da sie den Quellen gegenüber, die nur unter bestimmten Voraussetzungen nach Wegfall der Vindikation eine Klage zulassen, nicht aufrecht erhalten werden können. Jacobi sucht vielmehr seine Theorie mit dem positiven Rechte durch die Annahme eines verschiedenen Schutzes des Eigenthums in Uebereinstimmung zu bringen Jenachdem die

Verletzung desselben roher und gewaltthätiger oder unverschuldeter und gerechtfertigter sei, sei auch der Schutz stärker oder schwächer (S. 235). Damit giebt aber Jacobi den scheinbaren Gewinn seiner Theorie, eine große Einfachheit und consequente Durchführung eines Grundgedankens, wieder auf. Der Behauptung, daß dem Eigenthümer jeder aus seiner Sache gezogene Vortheil herausgegeben werden müsse, wird nachträglich der Anspruch auf allgemeine Geltung wieder entzogen. Es ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, wie weit unter den obwaltenden Umständen der Eigenthumsschutz reiche, wie weit also das obige Princip zur Anwendung komme.

Hiernach weicht Jacobi von der gemeinen Theorie nur darin ab, daß er auch die Klagen, welche nach Wegfall der Vindikation als begründet erscheinen, Eigenthumsklagen kennt, während die bisherige Theorie als Eigenthumsklage nur die Klage bezeichnet, mit welcher das noch vorhandene Eigenthum geltend gemacht werden kann. Ist das Eigenthum an der Sache untergegangen, so können nur noch persönliche Ansprüche begründet sein. Sofern diese auf einer Bereicherung des Verklagten mit dem Schaden des Klägers beruhen, setzen sie freilich das frühere Eigenthum des letzteren an der verwertheten Sache voraus. So lange aber der Gegensatz von actio in rem und actio in personam, der keineswegs blos ein nationalrömischer ist, sondern in der Natur der Sache seine Begründung findet, von der Wissenschaft anerkannt und festgehalten wird, so lange wird sie den persönlichen Anspruch aus der Bereicherung von der dinglichen Eigenthumsklage auch durch einen besonderen Namen zu trennen veranlaßt sein.

Wie wenig der aus der Sache gezogene Gewinn in der Regel an die Stelle der Sache selbst trete, wie wenig also auch unter diesem Gesichtspunkte die Annahme einer fortdauern-

den Eigenthumsklage gerechtfertigt sei, zeigt namentlich die auch von Jacobi (S. 241) eingeräumte Subsidiarität der Bereicherungsklage. Wenn der Eigenthümer als solcher auf jeden aus der Sache gezogenen Gewinn einen Anspruch hätte, so wäre das Erforderniß, daß die Sache nicht mehr vindicirt werden könne, unbegreiflich. Es ist deßhalb auch von diesem Erforderniß keine Rede, wenn ausnahmsweise die dingliche Klage ohne Besitz des Verklagten zulässig ist, weil wirklich das pretium an die Stelle der Sache getreten ist, wie bei der hereditatis petitio, oder weil die bewußte Widerrechtlichkeit des Verklagten den Besitz ersetzt, weil dolus pro possessione est.

Als Regel ist demnach festzuhalten, daß das Eigenthum nur zu einer Klage gegen denjenigen berechtigt, der durch seinen Besitz dasselbe thatsächlich verletzt, während alle persönlichen Klagen einen besonderen Obligationsgrund voraussetzen, als welcher allerdings die unter besonderen Umständen zur Restitution verpflichtende Bereicherung aus einer fremden Sache erscheinen kann. Daß die Bereicherung aus einer bona fide besessenen Sache nur dann eine Klage begründe, wenn die bona fides auf einem titulus putativus beruhte, glaube ich in meiner Schrift nachgewiesen zu haben. Daselbst habe ich auch die von Jacobi aufgeworfene Frage, weßhalb gerade in diesem Falle Billigkeitsgründe für die Gewährung einer Klage sprächen, bereits auf das Deutlichste beantwortet. Offenbar hat derjenige, dessen guter Glaube ausschließlich auf einen Irrthum basirt ist, ein geringeres Recht, den aus einer Sache gezogenen Vortheil zu behalten, als der, welcher auf Grund eines scheinbar fehlerlosen Rechtsgeschäftes sich für den berechtigten Eigenthümer gehalten hat. Es ist deßhalb aus inneren Gründen gerechtfertigt, wenn das von der Herrschaft der Formen befreite Recht in jenem Falle dem Benachtheilig-

ten insoweit hülfreich ist, als dies ohne positiven Schaden des Gewinnenden geschehen kann, während in diesem Falle die Rücksicht für denjenigen, welcher eine genügende Veranlassung hatte, das erworbene Gut für einen dauernden Bestandtheil seines Vermögens anzusehen, eine Klage ausschließt.

Nur dann, wenn eine fremde Sache als integrirender Theil einer anderen besessen wird, und deßhalb trotz ihrer Existenz der Vindikation entzogen ist, vertritt die auf den Werth gerichtete Klage des früheren Eigenthümers eine wahre Eigenthumsklage.

Zu den Bereicherungsklagen im weiteren Sinne ist auch die actio negotiorum gestorum contraria zu rechnen. Es wird mit derselben Ersatz für dasjenige gefordert, was Jemand ohne Auftrag, aber mit dem animus obligandi zum Vortheil eines Anderen verwendet hat. Von den Bereicherungsklagen im engeren Sinne unterscheidet sie sich dadurch, daß wegen der eigenthümlichen Voraussetzungen ihrer Begründung eine thatsächliche Vermehrung des Vermögens auf Seiten des Verklagten zur Zeit der Klaganstellung nicht erfordert wird. Ueber den Charakter der Klage sprechen sich die Quellen sehr deutlich aus. Sie weisen wiederholt darauf hin, wie utilitatis causa dem Geschäftsführer auf Grund einer utilis gestio eine Klage gewährt sei, da sich ohne dies Niemand dazu verstehen würde, die Geschäfte eines Anderen zu besorgen, während doch sehr häufig der Vortheil des dominus negotiorum eine unbeauftragte Vertretung durch einen Dritten als wünschenswerth erscheinen lasse. Aus diesem Grunde wird im eigenen wohlverstandenen Interesse des Geschäftsherrn durch das Recht die Verpflichtung zur Restitution des utiliter Verausgabten anerkannt, wobei dann zur juristischen Construktion dieser gesetzlichen Pflicht die nothwendige Rati-

habition des utiliter gestum zu Hülfe genommen wird [2]). Danach ist bekanntlich die Klage des Geschäftsführers als eine actio quasi ex contractu bezeichnet.

Bei dieser Construction kann sich aber Jacobi nicht beruhigen; der Begriff eines Quasicontraktes ist ihm ein so monströser, daß er ihn nie ohne Ausrufungszeichen erwähnen kann. Seiner Ansicht nach ist die Verpflichtung des dominus eine selbstverständliche Folge der einseitigen Willenserklärung des Geschäftsführers, sie beruht ihm auf einem naturale negotii (S. 218). Der Geschäftsführer wolle sich durch seine einseitige Willenserklärung verpflichten, als ob er ein Mandat übernommen habe (S. 216), er wolle zwar animo amico unentgeltlich seine Mühe und Thätigkeit im Interesse eines Anderen aufwenden, nicht aber ein Vermögensopfer übernehmen (S. 217). Deßhalb diene die actio negotiorum gestorum contraria nur zum Correktiv, wenn die übernommene Verbindlichkeit überschritten sei (S. 219), es werde mit derselben nur ein Vorschuß, eine Abrechnung, eine Ausgleichung gefordert (S. 294).

Daß Jacobi den animus eines negotiorum gestor richtig geschildert habe, dürfte einem Zweifel nicht unterliegen. Doch ist damit eine Erklärung der actio negotiorum gestorum contraria nicht gegeben. Es drängt sich nothwendiger Weise die Frage auf, wie es komme, daß dieser animus für den dominus eine Verpflichtung zu erzeugen im Stande sei? Hebt doch auch Jacobi hervor, daß Niemand durch den einseitigen Willen eines Andern verpflichtet werden könne (S. 216), daß zur Begründung einer Schuld die Mitwirkung des zukünftigen

---

2) § 1 J. de oblig. quae quasi ex contr. III, 28. l. 1. 9 de neg. gest. 3, 5. l. 5 pr. de oblig. et act. 44, 7. c. 2 C. de neg. gest. 2, 19.

Schuldners erforderlich sei (S. 289). Und wenn die Verpflichtung des dominus sich mit Nothwendigkeit aus dem einseitig erklärten Willen des Geschäftsführers ergiebt, warum kann dann dieser nicht alle Auslagen, die er ohne den animus donandi gemacht hat, ersetzt verlangen, warum muß er mit Erstattung des utiliter Verwendeten zufrieden sein?

Alle Schwierigkeit fällt fort, wenn man bei der Auffassung der Quellen stehen bleibt, wenn man nicht sowohl den erklärten Willen des gestor, als vielmehr die Thatsache, daß unter besonderen Voraussetzungen Vermögensopfer zum Besten des dominus gebracht sind, als Grundlage der Verpflichtung ansieht. Es ist eben einer der Fälle, von denen es heißt: ex re venit obligatio, woraus sich auf das Einfachste die Zuständigkeit einer actio negotiorum gestorum contraria auch gegen einen dominus furiosus, pupillus etc. erklärt. Freilich kann sich hier die Theorie des Mittels einer erzwungenen Ratihabition zur Erläuterung der Klage nicht bedienen. Diese ist dafür aber auch auf die Bereicherung zur Zeit der Klaganstellung beschränkt.

Nicht minder verunglückt als die Construktion der actio negotiorum gestorum contraria aus dem einseitig erklärten Willen des gestor scheint mir der Versuch Jacobi's, die condictiones datorum auf eine einseitig übernommene Verbindlichkeit des Verklagten zurückzuführen. Seine Deduktion ist folgende: Damit eine Klage auf Restitution des Geleisteten begründet sei, müsse der Empfänger dem Leistenden ein Widerrufsrecht für einen bestimmten Fall eingeräumt haben (S. 306). Dies geschehe stillschweigend durch die Annahme einer Leistung zu einem bestimmten Zwecke für den Fall, daß der Zweck vereitelt werde. Wolle der Empfänger eine eventuelle Restitutionspflicht nicht übernehmen, so dürfe er die Leistung in der angebotenen Weise nicht acceptiren (S. 287). Auf

die Willensbestimmung dessen, welchem eine Klage erworben werde, komme nichts an. Es genüge, wenn sich nur der durch das Rechtsgeschäft Begünstigte einseitig zur Restitution verpflichtet habe (S. 302).

Es ist zuzugeben, daß die Willensrichtung desjenigen, der eine Leistung annimmt, um sich dadurch zu verpflichten, für das Schuldverhältniß, in welches er eintritt, von der größten Bedeutung ist. Namentlich bewirkt ein solcher animus, daß der Empfänger sich eine seiner Contraktsabsicht entsprechende Behandlung gefallen lassen muß, sofern ihm die dabei vorausgesetzten materiellen Vortheile zugeflossen sind, auch wenn das intendirte Geschäft wegen der Unfähigkeit des anderen Contrahenten oder sonst aus einem Grunde nicht zu Stande gekommen sein sollte (vergl. meine Schrift S. 289 ff.). Jacobi macht aber hier denselben Fehler wie bei der Beurtheilung der Bedeutung, welche dem Bereicherungsbegriffe zuzuschreiben ist. Was in einzelnen Fällen gilt, sieht er als allgemeine Regel an. Daß es sich bei den condictiones datorum nicht um die Geltendmachung einer auf den Vertragswillen des Accipienten zurückzuführenden Obligation handelt, läßt sich auf das Schlagendste nachweisen.

Zunächst ist hervorzuheben, wie die sämmtlichen condictiones datorum als ein Rechtsinstitut behandelt werden, dem ein gemeinsamer Gedanke zu Grunde liegt. Es ist dies der in l. 66 de cond. ind. 12. 6 ausgesprochene: Quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit. Daß ein Gegenstand, welcher früher zu dem Vermögen eines Anderen gehörte, sine causa bei Jemand angetroffen wird, ist die Veranlassung für Gewährung der Klage. Ob die causa fehlt, weil der Leistende ein mit den thatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmendes Resultat beabsichtigte, oder weil sein Wille wegen der vorliegenden

Unsittlichkeit nicht respektirt wird, ist gleichgültig. Deßhalb werden sämmtliche Condiktionen bald auf den gänzlichen Mangel einer causa, auf das deprehendi sine causa (l. 4 de cond. sine causa 12, 7), bald auf die Unzulänglichkeit der vorhandenen, auf das habere ex iniusta causa, zurückgeführt (l. 1 § 3 de cond. sine causa 12, 7). Ja die l. 6 de don. int. vir. et ux. 24, 1 spricht es aus, daß auf die Bezeichnung nichts ankomme, da ja in gleicher Weise bei dem habere sine causa wie bei dem retinere ex iniusta causa eine Klage begründet sei. Diese Zusammenstellung wäre eine ganz unverständliche und fehlerhafte, wenn es sich in dem einen Falle um eine Geschäftsklage, im anderen um Ansprüche handelte, die selbstverständlich nicht auf die Uebernahme einer Verbindlichkeit durch den Empfänger zurückgeführt werden können, und die deßhalb Jacobi als gar nicht hierher gehörig in das ius cogens verweist (S. 304). Es wird aber auch für den Fall der condictio indebiti von Gaius ausdrücklich erklärt, daß es sich hier nicht um eine obligatio ex contractu handle (G. III, 91). Welchen Sinn er damit verbindet, wenn er vielmehr die durch Zahlung einer Nichtschuld begründete Obligation als eine solche bezeichnet, quae re contrahitur; kann einem Zweifel nicht unterliegen, da er ja in Folge dieser seiner Auffassung auch den Pupillen durch den Empfang eines indebitum verpflichtet werden läßt. Für ihn ist das thatsächliche Verhältniß, in welches die beiderseitigen Vermögen des Leistenden und des Empfängers durch die Leistung versetzt werden, der Grund der Klage. In demselben Sinne ist der Ausspruch des Gaius in Justinian's Institutionen (§ 1 J. quib. mod. re contr. III, 15) übergegangen, wenn diese auch aus einem später zu besprechenden Grunde die condictio indebiti gegen den Pupillen versagen.

Wenn hiernach die allgemeinen Quellenaussprüche über

die Natur der condictiones datorum Jacobi's Auffassung widerlegen, so gilt dies nicht minder für die einzelnen Consequenzen, die sich aus der in der Klage verwirklichten Rechtsidee ergeben. Wird mit der condictio sine causa ein Rechtszustand deßhalb aufgehoben, weil er dem wahren Willen desjenigen nicht entspricht, der ihn herbeigeführt hat, so muß selbstverständlich das Hauptgewicht auf die Willensrichtung des Gebers gelegt werden, während umgekehrt bei der Geltendmachung einer übernommenen Verbindlichkeit der Wille desjenigen entscheiden müßte, der sich hat verpflichten wollen. Welche Auskunft geben die Quellen?

Wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld berichtigt hat, so wird ihm die condictio indebiti schlechthin abgesprochen (l. 1 § 1. l. 26 § 3 de cond. ind. 12, 6), weßhalb denn auch der Beweis des Irrthums zur Begründung der Klage erfordert wird (l. 25 pr. de prob. 22, 3). Ganz anders müßten sich die Grundsätze gestalten, wenn mit der condictio indebiti eine von dem Empfänger der Zahlung übernommene Verpflichtung verfolgt würde. Seitens des Klägers würde nie der Beweis des Irrthums verlangt werden können. Es müßte genügen, wenn er darthäte, der Verklagte habe das Erhaltene als Objekt einer Schuld in Empfang genommen, während in Wahrheit eine Schuld nicht begründet sei. Denn für die Uebernahme der Verpflichtung würde, wie Jacobi selbst ausführt, die Willensrichtung des Gebers ganz einflußlos sein müssen. Höchstens könnte der Verklagte nach Analogie der l. 18 pr. de reb. cred. 12, 1 auf den Beweis, daß der Kläger von der Nichteristenz der Schuld unterrichtet gewesen sei, also eine Schenkung beabsichtigt habe, eine exceptio doli gründen.

Besonders scharf ist darauf hingewiesen, wie die Zuständigkeit der Klage allein von der Bestimmung abhänge, welche

der Geber mit der Leistung verknüpft habe, in l. 2 § 7 de don. 39, 5:

> Titio decem donavi ea condictione, ut inde Stichum sibi emeret. Quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam? Respondit; facti magis quam iuris quaestio est; nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim, in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam conditio dandae pecuniae existimari debebit, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.

Darauf allein wird Gewicht gelegt, ob das Geld vom Schenkgeber ausschließlich als Kaufpreis des Stichus dem Titius zugewendet werden sollte, nicht aber darauf, ob dieser sich verpflichtet habe, bei dem Ausbleiben des Kaufes das Geld zu restituiren.

Gründete sich die condictio indebiti auf eine vom Verklagten übernommene Verbindlichkeit, so wäre ferner die Bestimmung, daß den Kläger nur ein entschuldbarer Irrthum zur Rückforderung berechtigen solle, ganz unbegreiflich. Wie kann die Entschuldbarkeit des Irrthums für den Verklagten Bedeutung haben, der sich schlechthin verpflichtet hat, das Empfangene zu restituiren, wenn keine Forderung ihm ein Recht darauf gewähren sollte? Diese Verpflichtung müßte weiter stets dann zu einer Klage führen, wenn die Obligation, welche getilgt werden sollte, nicht in der bei der Zahlung vorausgesetzten Weise begründet war. Denn wenn man nicht die in den Quellen enthaltenen Bestimmungen mit dem angenommenen Vertragswillen um jeden Preis in Uebereinstim-

mung zu bringen gesonnen ist, so wird man nicht leugnen können, daß das angebliche Widerrufsrecht stets für den Fall als eingeräumt erachtet werden müßte, daß die Momente, welche die Leistung veranlaßten, sich nicht bewähren sollten. Der Ausschluß der condictio, wenn zwar die vorausgesetzte Verbindlichkeit gar nicht oder doch nicht in der angenommenen Weise zu Recht bestand, der Empfänger aber behaupten kann, er habe nur, was ihm zukomme, eine naturalis obligatio widerspreche der Rückforderung, oder eine Anstandspflicht lasse sie als unangemessen erscheinen, wäre nicht gerechtfertigt.

Endlich würde der Satz, daß auch eigene Handlungen des bona fide eine nicht geschuldete Sache Erhaltenden die Restitutionspflicht vereiteln können (vgl. m. Schrift S. 142 ff.), mit anderweiten Rechtsgrundsätzen wenig harmoniren. Jacobi selbst führt S. 316 aus, daß Jemand, der wisse, wie unter Umständen eine Rückforderung stattfinden könne, in gewissem Grade für seine Handlungen verantwortlich sei, woraus sich von selbst ergiebt, daß derjenige, welcher sich für einen bestimmten Fall zur Restitution verpflichtet hat, diese Verpflichtung nicht durch eigene Handlungen zu beseitigen im Stande ist.

Gegen alle diese Gründe beruft sich Jacobi nur darauf, daß die condictiones datorum gegen Personen, die sich durch Verträge nicht verpflichten könnten, nicht zulässig seien, während umgekehrt derartige Personen sehr wohl Condiktionen erwerben könnten (S. 306). Der erste Theil dieses Einwandes erledigt sich aber auf das Einfachste durch die Bemerkung, daß die condictio indebiti, von welcher die angezogenen Stellen (l. 66 de solut. 46, 3 und § 1 J. quib. mod. re contr. III, 15) sprechen, auf Rückgabe der ganzen Leistung gerichtet ist (vgl. m. Schrift § 20 und 21), während die Vertragsunfähigen nur auf Höhe der zur Zeit der Klageanstel-

lung noch vorhandenen Bereicherung verhaftet sind. Doch beruht auch die Klage, mit welcher dem Unfähigen das empfangene indebitum bis zur Bereicherung abgefordert wird, auf demselben Gedanken, welcher die condictio indebiti gegen einen Verpflichtungsfähigen in's Leben ruft, weßhalb sie denn auch von Gaius (III, 91) ausdrücklich als condictio indebiti bezeichnet wird. Wenn Jacobi sie (a. a. O.) als Eigenthumscondiktion charakterisirt, so übersieht er, daß der Pupill, um dies Beispiel herauszugreifen, nie im Besitz einer fremden Sache gewesen ist und aus deren Verwendung einen Gewinn gezogen hat. Das Eigenthum geht auch auf denjenigen, der sich nicht verpflichten kann, über. Nach Jacobi's Theorie müßte also gar keine Klage gegen den bereicherten Pupillen zulässig sein, da sein Wille ihn nicht verpflichtet, der Kläger aber freiwillig sein Eigenthum aufgegeben hat.

Daß der Pupill Condiktionen erwerben kann, ist eine nothwendige Consequenz des Satzes, daß bei Uebertragung von Gegenständen durch Veräußerungsunfähige mit der Consumtion dieselben Obligationen entstehen sollen, welche begründet sein würden, wäre sofort das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen (l. 14 de reb. cred. 12. 1). Bis zur Consumtion ist natürlich die Vindikation zulässig. Nach Wegfall derselben soll der Empfänger keinesfalls einen Vortheil aus dem Umstande ziehen, daß er die Sache von einem Veräußerungsunfähigen erhalten hat. Handelte er mala fide, so ist obenein die actio ad exhibendum gegen ihn begründet.

Jacobi scheint auch zuweilen selbst zuzugeben, daß nach römischem Recht die condictiones datorum auf eine Selbstbeschränkung des Gebers, auf eine lex dationis zurückgeführt werden müssen. So weist er S. 282 darauf hin, wie die Römer im Obligationenrecht ein entschiedenes Gewicht auf das Recht des Gläubigers legten, so daß neben der Stipulation

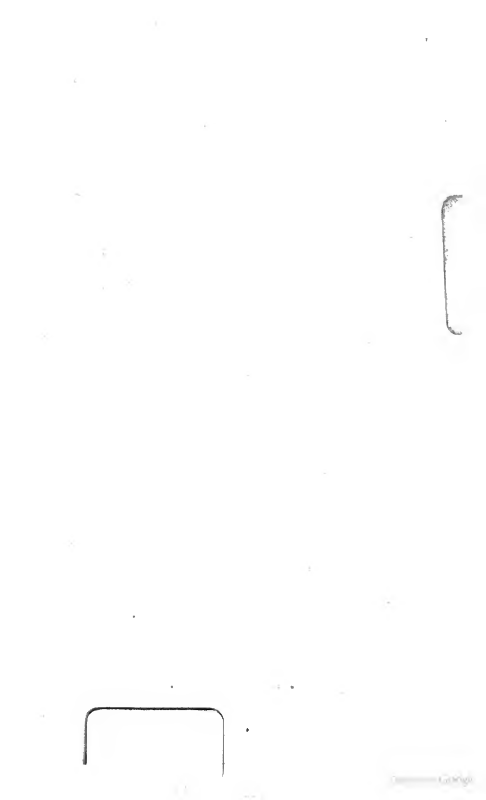
das Diktiren der zu übernehmenden Verpflichtung bei Gelegenheit einer Leistung die regelmäßige Grundlage der Obligationen bilde. So bezeichnet er S. 302 und 303 die Auffassung, welche die condictiones datorum auf ein legem dicere suae rei zurückführt, als eine römische Nationalanschauung, die er jedoch bei uns für „nicht national", sondern blos für „gelehrt" erklärt. Ich habe jedoch vergeblich nach einer befriedigenden Ausführung gesucht, weßhalb diese angeblich nationalrömische Anschauung für uns unbrauchbar sein soll. Um die Formen der Geschäfte handelt es sich hier nicht, sondern um den materiellen Gehalt. Es ist aber in der That nicht einzusehen, weßhalb nicht auch nach deutschrechtlichen Anschauungen derjenige, welcher aus freien Stücken eine Leistung vornimmt, berechtigt sein soll, über die Bestimmung derseben zu entscheiden, so daß, wenn sie dieselbe nicht erfüllt, sein Wille nicht als causa für ihren Bestand angesehen werden kann. Daß aus der Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes, bei der man in den meisten Fällen einen Willen, sich zu verpflichten, im Widerspruch mit der thatsächlichen Willensrichtung des Empfängers fingiren müßte, sich wesentlich andere Consequenzen ergeben würden, als sie positiven Rechtes sind, ist im Einzelnen nachgewiesen. Wir werden deßhalb auch noch ferner die condictiones datorum als Klagen anzusehen haben, mit denen ein Vermögensobjekt zurückgefordert wird, weil es die ihm von dem Leistenden gegebene Bestimmung nicht erfüllt und deßhalb sine causa bei dem Empfänger ist. Wie sich hiermit das Erforderniß, daß der Verklagte von dem Zwecke der Leistung habe unterrichtet sein können, wohl vereinigen läßt, habe ich bereits früher (vgl. m. Schrift § 12) ausgeführt. Erhält Jemand etwas ohne alle Beschränkung und erkennbare Bestimmung zu einem besonderen Zweck, so ist er berechtigt, das Empfangene pure als Geschenk an-

zusehen. Er erwirbt dadurch ein selbständiges Recht, welches die aus dem abweichenden Willen des Leistenden sich ergebende Rechtsconsequenz ausschließt.

Das Resultat ist also, daß es in der That auf aequitas zurückgeführte Klagen giebt, die durch die thatsächliche Gestaltung zweier Vermögen in's Leben gerufen werden, und die man deßhalb als Bereicherungsklagen zu bezeichnen berechtigt ist, weil sie die Vermehrung des einen Vermögens mit dem Verlust des anderen voraussetzen.








NE S